

## **A CLÁUSULA DE HARDSHIP NOS CONTRATOS DE COMÉRCIO INTERNACIONAL *THE HARDSHIP CLAUSE IN THE INTERNATIONAL BUSINESS CONTRACTS***

Vladmir Oliveira da Silveira<sup>1</sup>

### **Introdução**

Num exíguo lapso de tempo, tem-se experimentado uma vertiginosa internacionalização das relações sociais, fruto do desenvolvimento acelerado dos meios de comunicação, de uma realidade concorrencial cada vez mais intensa, exigências de consumo mais complexas e a conseqüente interligação entre empresas de vários países, em busca de um número maior de mercado consumidor. Desta nova realidade mundial, fortaleceu-se o comércio internacional e, conseqüentemente, uma nova estrutura jurídica que atenda às suas específicas necessidades.

O desenvolvimento do comércio internacional, fundado sobretudo na relação contratual entre pessoas, públicas ou privadas, de diferentes Estados trouxe consigo a polêmica entre regimentos jurídicos diferentes, o conflito entre as leis locais que regem cada uma das partes contratantes, criando verdadeiro impasse quando da elaboração do contrato ou mesmo quando da sua inexecução. Deste embate nasce o direito do comércio internacional, que tem como princípio regente a Autonomia da Vontade e como objetivo precípua organizar as relações contratuais no âmbito internacional.

Intensificando a problemática da ausência de normas que regem as relações internacionais, tem-se a constante transformação do mercado internacional, que por sua própria natureza global é afetado pela mais singela manifestação dos países, mesmo que eles não sejam parte de uma relação específica. Em outras palavras, a relação entre duas partes não se restringe tão somente à realidade que diretamente lhes envolva, de maneira que fatalidades ocorridas num outro país podem vir a gerar a própria inexecução de um contrato, tornando impossível seu cumprimento.

As constantes mutações da realidade internacional, a suscetibilidade dos contratos internacionais a tais transformações e a usual extensa duração de tais contratos, geram uma atmosfera de incertezas e evidente preocupação com os obstáculos que possam surgir e criar dificuldades na execução do contrato, cuja complexidade pode aumentar radicalmente em face do conflito de leis entre as partes contratantes.

Nesse contexto, o contrato internacional foi se moldando, ao longo do tempo, para que se tornasse um instrumento seguro, protegendo as relações internacionais das constantes mutações que

---

<sup>1</sup> Mestre em Direito Constitucional pela PUC-SP. E-mail: [vladmir@aus.com.br](mailto:vladmir@aus.com.br).

as cercam. A intenção é possibilitar às partes a efetiva execução da obrigação e a manutenção do equilíbrio contratual, mesmo quando o contrato se prolongar por extenso período de tempo.

Uma das técnicas utilizadas para alcançar estes objetivos foi a aplicação de cláusulas revisionais e exoneratórias de responsabilidade, que possibilitam às partes contratantes reavaliar as obrigações contraídas e suas condições de execução, na ocorrência de fatos que modifiquem substancialmente as circunstâncias iniciais do contrato, alterando o seu equilíbrio de forma que o cumprimento se torne impossível ou extremamente oneroso. O presente estudo tem como objeto uma dessas cláusulas: a *de hardship*, cláusula revisional fundada na onerosidade excessiva.

A cláusula de *hardship* é permeada de controvérsias, que se iniciam já em sua origem, prolongam-se na sua relação com o secular princípio do *pacta sunt servanda* e desemboca na sua estruturação prática no contrato, tornando seu estudo incontestavelmente importante e complexo.

Nesse trabalho, busca-se traçar o perfil da cláusula de *hardship*, desde sua origem e daí a importância de breves apontamentos sobre a cláusula *rebus sic stantibus*, Teoria da Imprevisão e demais instrumentos jurídicos que lhe serviram de embasamento, demonstrando a sua relevância para a manutenção do equilíbrio das relações contratuais internacionais.

Assim, num primeiro momento será desenvolvido o estudo dos principais princípios informadores do contrato internacional, seguido da análise de sua conformação com a Teoria da Imprevisão e da cláusula *rebus sic stantibus*, precursoras das cláusulas exoneratórias de responsabilidade.

Seqüencialmente serão apresentados os elementos formadores da cláusula de *hardship* e sua relação com outras cláusulas também aplicadas nos contratos internacionais, como a cláusula de Força Maior, com princípios informadores dos contratos, como o *pacta sunt servanda*, culminando na compreensão da verdadeira atuação desta cláusula na conservação do equilíbrio dos contratos internacionais.

Reitere-se que não se assoberba este trabalho a ponto de esgotar o assunto, que por sua complexidade comporta incontáveis enfoques totalmente diversos do que aqui será aplicado. Mas anseia, através do enfoque científico, apresentar novas contribuições ao estudo do tema, demonstrando sua importância nas relações contratuais internacionais.

## **1. O princípio da autonomia da vontade e a cláusula *Rebus Sic Stantibus* como formadores dos contratos internacionais**

### **1.1 O princípio da força obrigatória do contrato e o princípio da autonomia da vontade**

O princípio da força obrigatória do contrato, também denominado *pacta sunt servanda*, consiste no pressuposto de que o avençado pelas partes deverá ter seu estrito cumprimento, como forma de preservação da vontade das mesmas, que presumidamente é livre e consciente no momento da celebração do contrato.

No Direito Romano não se apresenta uma concepção substancial de contrato enquanto categoria geral e abstrata, uma vez que os romanos, nas palavras de Álvaro Villaça Azevedo<sup>2</sup>, “*não aceitavam uma categoria geral dos contratos, dado que toda a sistemática contratual romana tinha como único fundamento a tipicidade*”. Entretanto, conheciam o contrato enquanto operação econômica, com força de lei entre as partes contratantes, sendo que o princípio do *pacta sunt servanda* reinava absoluto. Nesse sentido, segundo o paradigma romano, os contratos existiam para serem cumpridos, sem interferência de terceiros ou do Estado.

O referido princípio teve seu apogeu no liberalismo econômico, meandros do século XVIII, momento em que imperava individualismo extremo, e em que se rechaçava qualquer atuação intervencionista, mesmo quando em busca de um bem comum maior, ou proveniente de parte alheia a que compunha a obrigação.

Instituído em frontal contraposição ao Estado Absolutista, o Estado Liberal tinha como argumento de força, primeiramente, resguardar o indivíduo em face do Estado. Assim, é característico nesta época um Estado com poderes limitados, sobressaindo-se os direitos individuais e políticos e a defesa da livre iniciativa, livre concorrência e não intervenção do Estado nas relações privadas.

Adam Smith, um dos principais pensadores do liberalismo, condensa em poucas palavras a argumentação da linha de pensamento que direcionou o Estado Liberal, afirmando que:

*“é suficiente que deixemos o homem abandonado em sua iniciativa para que ao perseguir seu próprio interesse promova o dos demais. O interesse privado é o motor da vida econômica”*.<sup>3</sup>

Atualmente, o princípio do *pacta sunt servanda* está disposto nos Princípios do UNIDROIT - *International Institute for the Unification of Private Law*,<sup>4</sup> como um dos princípios basilares (mas não absoluto) informadores dos acordos celebrados no âmbito internacional. Dispõe o artigo 1.3 do UNIDROIT:

<sup>2</sup> *Contratos Inominados ou Atípicos e Negócio Fiduciário*, 1988.

<sup>3</sup> Apud Cristiane Derani, *Política Nacional das Relações de Consumo e o Código de Defesa do Consumidor*, p. 32.

<sup>4</sup> O *International Institute for the Unification of Private Law* - UNIDROIT é uma organização intergovernamental independente, sediada em Roma (Villa Aldobrandini), que desempenha importante missão no campo do Direito Privado. Fundada em 1926 como órgão auxiliar da antiga Liga das Nações e, seguindo-se à dissolução desse organismo precursor da ONU, foi re-estabelecido em 1940, com base em um acordo multilateral, denominado Estatuto do UNIDROIT. O UNIDROIT tem por finalidade examinar formas de harmonizar e coordenar o Direito Privado de Estados e de grupos de Estados, e preparar gradualmente a adoção, por seus membros, de regras uniformes de Direito Privado. (fonte: site <http://www.unidroit.org>).

*ARTICLE 1.3 (Force obligatoire du contrat) - “Le contrat valablement forme lie ceux qui l’ont conclu. Les parties ne peuvent le modifier ou y mettre fin que selon ses dispositions, d’un común accord ou encore pour les causes énoncées dans ces Principes”.*<sup>5</sup>

Sobre a obrigatoriedade dos contratos veja-se a lição de Orlando Gomes<sup>6</sup> quando afirma que o contrato “*celebrado que seja, com a observância de todos os pressupostos e requisitos necessários à sua validade, deve ser executado pelas partes como se suas cláusulas fossem preceitos legais imperativos*”. Também Maria Helena Diniz<sup>7</sup> acompanha este entendimento, afirmando que “*o contrato, uma vez concluído livremente, incorpora-se ao ordenamento jurídico, constituindo uma verdadeira norma de direito*”.

Tem-se nesse contexto, portanto, o Direito regido pelos Princípios da Autonomia da Vontade, do Consensualismo e da Obrigatoriedade Contratual.

A expressão Autonomia da Vontade foi utilizada, nos seus primórdios, por Weiss, em sua obra “*Traité Élémentaire de Droit International Privé*”, em 1886, sendo anteriormente utilizadas as expressões “autonomia das partes”, “autonomia do homem” ou “autonomia do contratante”. Esta diferença entre as expressões não somente altera a denominação utilizada ao referir-se à autonomia,

---

<sup>5</sup> Artigo 1.3 (força obrigatória do contrato) - “*O contrato validamente formado une os que o concluíram. As partes não podem modificá-lo ou encerrá-lo senão de acordo com suas disposição, de comum acordo ou, ainda, fundadas nas causas anunciadas nestes princípios*”. Tradução própria.

<sup>6</sup> *Contratos*, p. 36.

<sup>7</sup> *Tratado Teórico e Prático dos Contratos*, p. 63.

mas reflete, sobretudo, uma nova concepção sobre a autonomia nos contratos, de cunho mais teórico que a expressão autonomia das partes, que possui um senso mais técnico.

Com maior lucidez, Véronique Ranouil estabelece o cerne da diferença entre a autonomia da vontade e autonomia das partes, afirmando que *“parler de volonté et non plus de partis implique une interrogation plus ou moins consciente sur les sources du droit, et les rapports de la volonté et de la loi”*<sup>8</sup>.

O princípio da autonomia da vontade teve sua difusão e aplicação principalmente pela doutrina internacionalista, motivada pela ausência de regras escritas de direito internacional. Além disso, a codificação do direito civil restringiu a análise do Direito e a escola da exegese estagnou o pensamento jurídico, limitando-o a um comentário literal da Lei,<sup>9</sup> o que obstava significativamente o desenvolvimento da autonomia da vontade no direito interno. Nota-se, assim, um fluxo contrário ao habitual - em que o direito interno atribui elementos para compor a ordem internacional -, pois no caso do princípio da autonomia da vontade, a estrutura inicial molda-se no Direito Internacional para então ser adaptada ao Direito Interno.

Esse princípio consagrou-se no âmbito internacional privado como a liberdade que os contratantes têm para determinar a lei aplicável ao contrato. Nas palavras de Rechsteiner:

*“a autonomia da vontade das partes, no direito internacional privado, significa que as próprias partes podem escolher o direito aplicável. O elemento de conexão aqui é a própria vontade manifestada pelas partes, vinculadas a um negócio jurídico de direito privado com conexão internacional”*<sup>10</sup>.

Também Irineu Strenger apresenta a autonomia da vontade nos contratos internacionais como a *“faculdade concedida aos indivíduos de exercer sua vontade, tendo em vista a escolha e a determinação de uma lei aplicável a certas relações jurídicas nas relações internacionais”*. Nota-se, assim, uma certa tranquilidade no entendimento doutrinário quanto à função do princípio da autonomia da vontade nos contratos internacionais.

Ainda no âmbito do Direito Internacional Privado, surgem duas concepções, subjetivista e objetivista, do conceito de autonomia da vontade.

A primeira defende que a designação do direito aplicável ao contrato obedeceria à vontade das partes. Ou seja, sendo inexistente lei escolhida no contrato, compete ao juiz aplicar-lhe a

<sup>8</sup> *“Falar da vontade e não mais de partes implica uma interrogação mais ou menos consciente sobre as fontes do direito, e as relações entre a vontade e a lei”*. (tradução própria). *L'autonomie de la volonté – naissance et évolution d'un concept*, p. 47.

<sup>9</sup> Véronique Ranouil, *L'autonomie de la volonté*, p. 58. Nas palavras da autora: *Ensuite, la pénurie de règles écrites en droit international incitait et même contraignait l'imagination dans les pensée, et donc, dans l'expression. L'audace était, au contraire, proscrite dans le domaine du droit civil, en raison de la fascination exercée par la codification napoléonienne. Celle-ci explique le développement de l'École de l'Exegese qui, souvent, stérilise la pensée juridique en la réduisant à un commentaire de la loi.*

<sup>10</sup> *Direito Internacional Privado – Teoria e Prática*, p. 97.

vontade hipotética dos contratantes, implícita nas cláusulas contratuais e deduzida pelo magistrado.

Como o contrato possui uma conexão internacional, seu raio de abrangência extrapola a rede de relações sociais do ordenamento jurídico interno e, desta forma, forçoso seria concluir que o contrato não estaria submetido a nenhum sistema jurídico. A escolha da lei aplicável promoveria a incorporação dessa lei ao contrato. Segundo Irineu Strenger, para esta corrente, basta o ajuste da vontade para que se celebre o contrato, havendo indubitável supremacia da vontade sobre a lei.<sup>11</sup>

Em contrapartida, a concepção objetivista pura afirma que a lei não pode ser objeto do que fora convencionado pelos contratantes. O princípio da autonomia da vontade não permite que as partes adotem a lei aplicável, mas que a esta se submetam. A lei aplicável é, portanto, determinada pelo juiz de acordo com o que as partes tenham estipulado em relação à localização do contrato.

Atualmente, encontra maior subsídio no âmbito internacional o subjetivismo moderado, considerando-se instituída de valor pleno a cláusula de eleição de direito no contrato internacional, constando como mais significativo obstáculo à aplicação do princípio da autonomia da vontade nos contratos internacionais a ofensa à ordem pública.

Com propriedade, já ensinava Pontes de Miranda<sup>12</sup> que “*não há autonomia absoluta ou ilimitada de vontade; a vontade tem sempre limites, e a alusão à autonomia é alusão ao que se pode querer dentro desses limites*”. Entretanto, mesmo essa limitação encontra-se cada vez mais diminuta, visto que as atividades do comércio internacional distanciam-se da ordem pública, que por sua própria omissão ou restrição deram ensejo à criação da *lex mercatoria*.<sup>13</sup>

Ressalte-se, ainda, que se limita a autonomia da vontade das partes também pela coesão, entre a escolha da lei aplicável e do foro escolhido pelas partes para dirimir conflitos. Noutras palavras, as partes não podem escolher, quando da demanda, foro que seja mais favorável a seus interesses, muito embora não seja o mais adequado para conhecer do litígio relativo àquele contrato – consubstanciando o *fórum-shopping*<sup>14</sup> - cuja concepção advém diretamente do direito internacional privado.

---

<sup>11</sup> Nas palavras deste autor: *Para os subjetivistas puros, a vontade prima sobre a lei, ou seja, o ajuste de vontade é suficiente para dar nascimento ao contrato. A priori as partes não estão submetidas, pelo contrato, a nenhuma das leis estatais em presença. (...) Assim, para os subjetivistas, a lei escolhida assume o caráter de disposição contratual. Contratos Internacionais do Comércio*, p. 202.

<sup>12</sup> *Tratado de Direito Privado*, p. 39.

<sup>13</sup> *Lex mercatoria* pode ser brevemente definida como conjunto de regras de direito desvinculado da esfera estatal, que tem como fundamentos básicos os costumes e os princípios gerais do direito, a experiência retirada de cláusulas e contratos padrão e de práticas reconhecidas internacionalmente por associações profissionais, organizações supranacionais e entidades semelhantes.

<sup>14</sup> Sobre este assunto específico, alguns Protocolos e Convenções, como a de Bruxelas por exemplo, têm utilizado vedações expressas a foros exorbitantes, sendo inclusive apresentado na Conferência de Haia de 1992, pelos Estados Unidos, critérios para delinear a competência dos Tribunais nas lides internacionais, distinguindo-os em três zonas: branca (ex: domicílio do demandado); negra (ex: domicílio do demandante; notificação do demandado durante presença temporária; determinação unilateral do foro); cinza (residual, desde que não seja caso da lista negra).

Os contratos internacionais são, como se pode perceber, um solo fértil para a adoção da autonomia de vontade como critério determinante da lei que lhes será aplicável. Irineu Strenger<sup>15</sup> confirma esta afirmação, lecionando que:

*“a autonomia da vontade assumiu, em verdade, o sentido específico, que jamais perderá, do poder de regulamentação das próprias relações, ou dos próprios interesses, dentro das limitações maiores ou menores ditadas pela equação do bem individual como bem comum. A força da autonomia da vontade praticamente se concentra no contrato que, sendo uma relação entre sujeitos de direito, é, em consequência, o campo mais abrangido por essa categoria jurídica, notadamente porque a relação obrigacional se estabelece entre pessoas”.*

Consiste a autonomia da vontade, portanto, no instituto que confere aos particulares o poder de auto-regulação, instrumentado em um contrato. Nesse sentido:

*“a autonomia da vontade consagrou-se como princípio objetivado em todo complexo comportamental do comércio internacional, exatamente porque se revelou apta a consumar a formalização dos atos jurídicos, de que se serve o intercâmbio mercantil na consecução de seus fins”<sup>16</sup>.*

Desta forma, a indubitável importância do princípio da autonomia da vontade no mundo jurídico internacional provém, sobretudo, da certeza e segurança jurídica que traz às negociações internacionais, viabilizando a árdua tarefa da determinação da lei aplicável ao contrato, num ambiente jurídico em que a normatização ainda é escassa, como o é no comércio internacional.

## **1.2. A cláusula *rebus sic stantibus***

Num amplo período histórico teve-se a aplicação ampla e irrestrita da autonomia das partes quando da celebração dos contratos, que uma vez firmados adquiriam força de lei e deviam ser pontualmente cumpridos, mesmo ocorrendo fato imprevisível superveniente que viesse alterar a realidade sobre a qual foi pactuada a obrigação. Visava-se, assim, resguardar a liberdade de contratar, a autonomia da vontade e a segurança jurídica.

Com o advento das revoluções políticas e econômicas, cujas consequências refletiram na instauração de um Estado mais intervencionista, bem como uma preocupação maior com o social sobre o individual, também o direito contratual evoluiu, culminando numa relativização da força obrigatória do contrato. Sobretudo durante e após as duas guerras mundiais, que geraram indubitável desequilíbrio econômico e social, os quais refletiram diretamente nos contratos celebrados à época, houve a necessidade de reconhecer-se a ocorrência de fatos imprevisíveis que tornavam a execução dos mesmos senão impossível, extremamente onerosa para uma das partes.

<sup>15</sup> *Direito Internacional Privado*, p. 810.

<sup>16</sup> Irineu Strenger, *ob. cit.*, p. 811.

Dentro desse contexto ressurgiu, assim, a cláusula *rebus sic stantibus*, abandonada no fim do século XVIII, para fins de regulamentar as situações em que fatos imprevisíveis oneravam excessivamente uma das partes em contrapartida ao benefício exagerado da outra. Surge nesse contexto a teoria da imprevisão, emanada do *Conséil d'Etat de France*, a teoria da onerosidade excessiva da prestação, defendida arduamente pela doutrina italiana e incorporada ao *Código Civil* bem como, finalmente, a mais elaborada de todas, ligada ao desaparecimento da base do negócio, que tem como defensor o célebre jurista Karl Larenz.

A relativização da força obrigatória dos contratos não foi pacificamente aceita pelos sistemas jurídicos vigentes, vez que representa uma certa instabilidade aos contratantes. Porém, a evolução incontestável da indústria gerou profundas alterações nas atividades econômicas e no mercado consumidor, dando origem a conflitos como concorrência desleal, formação de cartéis, defesa do consumidor etc. O conseqüente desenvolvimento do comércio internacional e a atuação social do Estado exaltaram a complexidade que deveria nortear os contratos, restando ultrapassada a concepção de um contrato enxuto o bastante para não necessitar a interferência do Estado ou terceiros nas relações firmadas.

Por outro lado, é evidente que o resgate e a conseqüente aplicação da cláusula *rebus sic stantibus* não provocou o desaparecimento do princípio da força obrigatória do contrato, tão somente rompeu com seu caráter quase absoluto. Com efeito, cumpre observar que ambos os princípios não se excluem, mas se complementam, tendo como fim último possibilitar a perfeita execução do contrato, sem alterar a vontade inicial das partes, muitas vezes afetada por fato imprevisível e superveniente.

### **1.2.1. Evolução histórica e conceito**

A cláusula *rebus sic stantibus* teve suas primeiras aparições no Direito Romano, sobretudo, em duas fórmulas apresentadas por Neratio na estruturação do *Digesto* - “*Omnis pacto intelligitur rebus sic stantibus et in eodem statu manentibus*” (Tudo se entende no contrato, desde que permaneçam as mesmas condições e circunstâncias) e “*contractus qui habent tractum sucessivum et dependentiam de futuro, rebus sic stantibus intelliguntur*” (contratos que têm trato sucessivo ou dependem do futuro devem conservar sua base de contratação inicial).

Entretanto, não se pode atribuir ao Direito Romano – cuja estrutura incondicionalmente rígida e formal refletia na prevalência quase que absoluta do *pacta sunt servanda* – a criação desse conceito, a não ser como forma excepcional de solução de litígios.

A verdadeira manifestação da cláusula *rebus sic stantibus*, ainda denominada *rebus sic se habentibus*, é conferida ao Direito Canônico, inicialmente, à São Tomás de Aquino, em sua obra *Summa Theologica Cura Tratum Ordinis Praedicatorum*, quando ensina que:

“quem promete uma coisa com intenção de cumprir a promessa, não mente, porque não fala contra o que tem na mente. Mas, não a cumprindo, é-lhe infiel, mudando de intenção. Pode, porém, ser escusado por duas razões: (...); segundo, se mudaram as condições das pessoas e dos atos, pois, como diz Sêneca, para estarmos obrigados a fazer o que prometemos, é necessário que todas as circunstâncias permaneçam as mesmas. Do contrário, não mentimos quando prometemos, nem somos infiéis à promessa por não cumpri-la, pois já as condições não eram as mesmas”.

A difusão do princípio se dá com o desenvolvimento de estudos dos juristas medievais, especialmente de Acúrsio e de Bártolo, em meados dos séc. XII e XIII.<sup>17</sup> Nesse sentido, importante destacar que defendia a escola bartolista que o princípio *rebus sic stantibus* não seria cláusula expressamente inserida nos contratos, mas estaria subentendida, aproximando-se das *implied conditions* do direito anglo-saxão, segundo a qual o contrato depende, para sua eficaz execução, de uma condição implícita, que é o *status quo* envolvendo as partes no momento em que firmaram o contrato, independente, portanto, da vontade das partes e possuindo fundamentos na própria natureza das relações contratuais.

Em outras palavras, pode-se dizer que esses autores consideravam que a execução perfeita dos contratos avençados pelas partes estava sujeita à conservação das circunstâncias iniciais existentes, quando da sua celebração. Logo, ocorrendo modificações nestas condições, já não mais perdurava a obrigação contraída ou ela deveria ser revisada na mesma medida das alterações ocorridas.

Difundida e largamente aplicada no auge da Idade Média, esta subordinação do contrato à manutenção dos fatos que o ensejara - exonerando o devedor caso ocorresse à extinção ou modificação dos mesmos -, acabou por gerar instabilidade no incipiente sistema capitalista que se formava, cuja base estrutural consistia, justamente, na força dos contratos.

Assim, expansão da cláusula *rebus sic stantibus* perdurou até final do séc. XVIII, quando a mesma deu sinais de enfraquecimento em face da retomada do princípio do *pacta sunt servanda* com maior rigor. No início do séc. XIX, esse movimento apresentou-se evidente nas codificações francesa, alemã e demais países que seguiam o modelo do liberalismo econômico, fundado em ideais libertários e individualistas.

O Ressurgimento da cláusula *rebus sic stantibus* ocorre com o advento das Guerras Mundiais, sendo que, com o desequilíbrio do sistema não intervencionista, inúmeras situações

<sup>17</sup> Glosa Diária, de Acúrsio, consiste na reunião das glosas do Digesto formuladas por mediadores que lhe antecederam.

imprevisíveis justificaram uma maior reflexão sobre o tema. Nesse sentido, constatou-se a necessidade de retomada do instrumento do equilíbrio contratual, qual seja, a cláusula *rebus sic stantibus*, que se tornou uma forma de manutenção da chamada justiça contratual em face da instabilidade econômica.

Sobre o renascimento deste instrumento de reequilíbrio contratual, Orlando Gomes teceu esclarecedor estudo, elucidando o momento de transição pelo qual passava a esfera jurídica contratual, visto que:

*“o princípio da força obrigatória das convenções, pelo qual o juiz estava obrigado a fazer cumprir os efeitos do contrato, quaisquer que fossem as circunstâncias ou as conseqüências, está abalado. O legislador intervém, a cada instante, na economia dos contratos, ditando medidas que, tendo aplicação imediata, alteram os efeitos dos contratos anteriormente praticados, e vai se admitindo o poder do juiz de adaptar seus efeitos às novas circunstâncias (cláusula rebus sic stantibus), ou de exonerar o devedor do seu cumprimento, se ocorrer imprevisão. Por fim, desde que os contratos são fonte de obrigações e estas importam limitação da liberdade individual, entendia-se que os seus efeitos não deveriam atingir a terceiros. O contrato era res inter alios acta. Mas as necessidades sociais impuseram a quebra, ainda que excepcional, desse princípio da relatividade dos efeitos do contrato, para a satisfação de certos interesses coletivos privados.”*<sup>18</sup>

Assim sendo, a referida cláusula consolida-se como um fator de relativização do caráter absoluto do contrato, isto é, um equilibrador do princípio do *pacta sunt servanda*.

Nesta nova formatação das relações contratuais, em que se amalgamaram ambos os princípios, visando o equilíbrio contratual, surge a moderna Teoria da Imprevisão, que consiste, no entendimento de Celso Antonio Bandeira de Mello, numa nova roupagem dada à cláusula *rebus sic stantibus* quando do seu ressurgimento<sup>19</sup> e cuja finalidade precípua é estabelecer contornos científicos à aplicação da primitiva *cláusula rebus sic stantibus* aos contratos, minimizando seu confronto – na verdade harmonizando-a - com o *pacta sunt servanda*.

Numa primeira abordagem do tema, importante destacar que não se confunde a Teoria da Imprevisão com a cláusula *rebus sic stantibus*. Enquanto esta última não requer a imprevisão do acontecido para legitimar a revisão contratual, mas tão somente a ocorrência de fato superveniente que gere desequilíbrio contratual e, conseqüentemente, onerosidade excessiva para uma das partes, a Teoria da Imprevisão necessita que a própria vontade das partes tenha sido alterada, consistindo numa tentativa de adaptar a cláusula *rebus sic stantibus* a uma visão de contrato voluntarista, ou seja, adaptação do contrato às novas circunstâncias, respeitando-se a vontade das partes.

<sup>18</sup> *Introdução ao Direito Civil*, p. 105/106.

<sup>19</sup> Apud Nelson Borges, *A Teoria da Imprevisão no Direito Civil e no Processo Civil*, p. 81.

Nesse sentido, Nelson Borges<sup>20</sup> traçou oportunas distinções entre ambos instrumentos, afirmando que:

*“a cláusula fixou o ponto de partida; a teoria, a meta a ser atingida, na condição de princípio estruturado. Na primeira, cuidou-se apenas do respeito ao status quo ante em face de eventos anormais, alteradores da primitiva economia contratual; na segunda as exigências foram bem maiores para que a intervenção judicial na vontade livremente manifestada pudesse ocorrer”.*

Pode-se afirmar, portanto, que a cláusula *rebus sic stantibus* configura-se como precursora da Teoria da Imprevisão, de maneira que *“na imprevisibilidade a cláusula romana se contém, mas a recíproca não é verdadeira”*<sup>21</sup>.

Assim, no seu sentido contemporâneo, a cláusula *rebus sic stantibus*, nas palavras de Aquaviva, consiste naquela determinação *“que as partes estipulam que o cumprimento do contrato fica subordinado à não modificação, no futuro, dos pressupostos e circunstâncias que ensejaram o pacto”*.<sup>22</sup>

No mesmo sentido, De Plácido e Silva a define como sendo:

*“cláusula contratual, que se julga inserta nas convenções, em virtude da qual o devedor é obrigado a cumprir o contrato, somente, quando subsistem as condições econômicas existentes quando fundado o ajuste. Nesta razão, a cláusula ‘rebus sic stantibus’ é tida como um pressuposto contratual”*.<sup>23</sup>

Releve-se, entretanto, que esta definição amolda-se ao sentido lato do citado instrumento de ajuste do equilíbrio contratual. Em sentido estrito, cumpre registrar que a cláusula *rebus sic stantibus* representa a possibilidade de revisão dos contratos de execução diferida ou continuada por intermédio do reajustamento das prestações, ou de ser o mesmo resolvido no caso de sobrevir, ao ajustados, fatos supervenientes, imprevisíveis, que desequilibrem substancialmente a relação contratual das partes.

Para os defensores da referida cláusula em sentido lato, tem-se a perspectiva de que ninguém contrata para experimentar prejuízos. Desse modo, a cláusula em questão não é senão a aplicação da justiça contratual, em face da boa-fé, equidade e até mesmo da moral das partes contratantes. Com efeito, cumpre mencionar que são defensores deste último entendimento Ripert<sup>24</sup>, Paulo Carneiro Maia<sup>25</sup> e Arnaldo Medeiros da Fonseca<sup>26</sup>. Também nesse sentido, porém fundamentando na

<sup>20</sup> Idem, p. 78.

<sup>21</sup> Ibidem, *op. cit.*, p. 79.

<sup>22</sup> *Novíssimo Dicionário Jurídico*, p. 322.

<sup>23</sup> *Vocabulário Jurídico*.

<sup>24</sup> *La règle morale dans les obligations civiles*, p. 132-157.

<sup>25</sup> *Da cláusula rebus sic stantibus*.

<sup>26</sup> *Caso Fortuito e a Teoria da Imprevisão*.

denominada realidade dos contratantes, quando da celebração do contrato, Bernhard Windscheid, da Escola Pandectística.

Por sua vez, a jurisprudência elegante<sup>27</sup> na França, alega o já citado entendimento de que a referida cláusula é pressuposta na vontade das partes ao contratarem, ainda que implicitamente, pois advindo alterações consistentes e imprevistas torna-se clara a necessidade da revisão.

Em seu sentido estrito, bem ensina Maria Helena Diniz que, são requisitos para aplicabilidade da cláusula *rebus sic stantibus*: (i) a existência de contrato de execução continuada ou diferida, (ii) superveniência à celebração do contrato, (iii) de fato imprevisível que (iv) gere o desequilíbrio das prestações contratuais e (v) onerosidade excessiva de uma das partes em contrapartida ao lucro exagerado da outra e (vi) o fato de não ter a parte prejudicada dado causa ao desequilíbrio contratual sofrido. Neste sentido, note-se que se conceitua a Teoria da Imprevisão de forma muito similar à aludida cláusula, gerando uma confusão deste instituto com a própria cláusula *rebus sic stantibus*. Porém, deve-se observar que o diferencial existe e concentra-se justamente na imprevisibilidade.

### 1.2.2. Teoria da imprevisão no direito brasileiro e comparado

A Teoria da Imprevisão aplicada no sistema jurídico moderno tem como requisitos: (i) vigência de contrato com execução diferida ou sucessiva; (ii) alteração radical das condições econômicas objetivas no momento da execução; (iii) onerosidade excessiva para um dos contratantes e benefício exagerado para o outro; (iv) imprevisibilidade do fato superveniente.

Reitere-se que se reporta a Teoria da Imprevisão não à impossibilidade de execução do avençado, mas à grande dificuldade de fazê-lo. Ou seja, o fato imprevisível e extraordinário que sobreveio à relação contratual torna excessivamente onerosa a execução da obrigação a uma das partes, mas não impossível. Portanto, não se confunde também com o instituto da força maior.

Como bem lecionam os doutrinadores pátrios, dentre os requisitos da Teoria da Imprevisão enfoque maior deve ser dado ao critério da imprevisibilidade e extraordinariedade. Dentro desse paradigma, perfila-se o jurista Silvio Venosa, lecionando que:

*“o princípio da obrigatoriedade dos contratos não pode ser violado perante dificuldades mezinhas de cumprimento, por fatores externos perfeitamente previsíveis. O contrato visa sempre uma situação futura, um porvir. Os contratantes, ao estabelecerem o negócio, têm em mira justamente a previsão de situações futuras. A imprevisão que pode autorizar uma*

<sup>27</sup> Escola culta ou elegante, que surge no séc. XVI e inicia, nos dizeres de Jacques Cujas, uma nova era para o estudo do direito romano. Esta escola tem como precípua representante o jurisconsulto francês Cujácio (1522-1590), mestre em Bourges e Valença e cujo nome domina a ciência jurídica da Renascença.

*intervenção judicial na vontade contratual é somente a que refoge totalmente às possibilidades de previsibilidade”.*<sup>28</sup>

Como tema atual e de indubitável relevância dentro da atual realidade jurídica, isto é, voltada para a função social do contrato, a Teoria da Imprevisão busca a manutenção dos princípios da equidade, boa-fé e moralidade contratuais. Além disso, essa é uma teoria que tem sido tema de importantes debates jurídicos, como há muito já ocorreu na Semana Internacional de Direito, em 1937 – Paris; no Congresso Internacional de Direito Privado, em 1950 – Roma e no XIV Congresso da União Internacional dos Advogados, em 1951 – Rio de Janeiro, onde foram discutidas as novas formatações deste instrumento de reajuste contratual, de maneira que se amoldasse ao direito contemporâneo.

Atualmente, a imprevisão enquanto fundamento para revisão contratual é justificada, como ensina Nelson Borges<sup>29</sup>, pela *teoria da onerosidade excessiva*, criada pelo direito italiano e nele estabelecido em seu Código Civil de 1942. Tal entendimento foi albergado também pelo Direito Português (CC art. 432), Argentino (CC art. 1198, § 2º) e Pátrio (CC arts. 478 a 480).

No direito francês, verifica-se uma resistência histórica, tanto jurisprudencial quanto doutrinária, à aplicação da cláusula *rebus sic stantibus* ou da Teoria da Imprevisão, preservando-se ao máximo a intangibilidade contratual. Todavia, nos tribunais franceses já se verifica uma certa flexibilização deste entendimento, de maneira que se tornou mais freqüente a revisão judicial dos contratos. Também a doutrina francesa mais contemporânea tem admitido a Teoria da Imprevisão, como instrumento mais adequando à revisão contratual que a atividade legislativa, impossibilitada de antever a generalidade dos fatos geradores do desequilíbrio das prestações contratuais.<sup>30</sup>

Também na Inglaterra e Alemanha tem se verificado a aplicação do instrumento de exceção ao princípio do *pacta sunt servanda*, com o fim de manter a boa-fé, equidade e vontade das partes nas relações contratuais. Pode-se dizer, assim, de uma forma geral, que atualmente existe uma aceitação relativamente pacífica na ordem internacional acerca da aplicação da Teoria da Imprevisão.

No direito pátrio, tem-se como primeira manifestação da cláusula *rebus sic stantibus*, o artigo doutrinal de autoria de Jair Lins, constante de 1923. Seqüencialmente, foram desenvolvidos relevantes estudos sobre o tema por renomados juristas como Clóvis Beviláqua, Epitácio Pessoa e Arthur Rocha, que auxiliaram na admissão e desenvolvimento da cláusula pela doutrina brasileira.

<sup>28</sup> *Direito Civil*, p. 462.

<sup>29</sup> *Op. cit.*, p. 670. Segundo o autor, “constata-se, com pesar, que no novo Código Civil a essência da imprevisão funda-se na excessiva onerosidade”.

<sup>30</sup> Renato José de Moraes, *Cláusula Rebus sic stantibus*, p. 75-78. Na sua obra, que desponta como importante estudo sobre este instrumento de revisão judicial aqui sucintamente apresentado, o autor afirma que “(...) parece cabível afirmar que a resistência dos tribunais civis em revisar judicialmente os contratos vem diminuindo, mesmo que de forma velada e sem o emprego expresso de expressões como cláusula *rebus sic stantibus* ou teoria da imprevisão. (...) A doutrina, por sua vez, tende em boa parte a considerar a teoria da imprevisão uma ferramenta necessária e mais satisfatória do que a intervenção do legislador para solucionar problemas ocasionados pelas mudanças de circunstâncias”.

Na jurisprudência brasileira, a pioneira decisão que acatou explicitamente a teoria da imprevisão no Brasil foi proferida por Nelson Hungria, ainda como Juiz Titular da 5ª Vara Cível do Distrito Federal, então o Rio de Janeiro, em 27 de outubro de 1930, cujos fundamentos utilizados foram a equidade e os princípios gerais de direito.<sup>31</sup>

Na atualidade, é pacífica a aplicação da Teoria da Imprevisão no direito brasileiro, sempre com caráter de excepcionalidade ao consagrado princípio da força obrigatória dos contratos. Com o advento do Novo Código Civil, não há mais quaisquer questionamentos sobre a aplicação da cláusula *rebus sic stantibus*, condicionada à onerosidade excessiva, estando definitivamente positivada no nosso ordenamento civil, em consonância com o entendimento já desenvolvido pela jurisprudência e doutrina sobre o tema.

Quanto ao Código de Defesa do Consumidor, que em seu artigo 6º possibilita a revisão contratual das cláusulas que venham a onerar excessivamente o consumidor, a doutrina diverge quanto à incidência da Teoria da Imprevisão em tal dispositivo ou não. Para parte significativa da doutrina, como Nelson Nery Junior<sup>32</sup> e José Geraldo Brito Filomeno<sup>33</sup>, entende-se estar implícito, no citado dispositivo, a Teoria da Imprevisão. No entendimento deste autor:

*“fica ainda definitivamente consagrada entre nós a cláusula ‘rebus sic stantibus’, implícita em qualquer contrato, sobretudo nos que impuserem ao consumidor obrigações iníquas ou excessivamente onerosas”.*

Por sua vez, a corrente divergente, que tem como um de seus defensores o jurista Silvio Venosa<sup>34</sup>, argumenta que *“a dispensa da imprevisibilidade, contudo, ainda que exclusivamente nas relações de consumo, traz, sem dúvida, maior desestabilidade aos negócios e deve ser vista com muita cautela”*. Nesse sentido, defendem a aplicação da teoria da lesão enorme, advinda do Direito *justinianeu*, que desconsidera a necessidade de imprevisibilidade do evento danoso, e não a Teoria da Imprevisão, cujo requisito imprescindível é justamente a extraordinariedade e imprevisibilidade do fato.

Também na jurisprudência brasileira importante destacar que já se utiliza a referida teoria de forma desenvolvida, não cabendo mais qualquer dúvida sobre sua admissão no sistema jurídico brasileiro.

<sup>31</sup> Decisão publicada na “Revista de Direito” 100/178, e reformada em 1932. No íterim de seu julgamento, são as palavras do célebre Ministro: *“A responsabilidade dos contratos de execução futura, em virtude de subsequente mudança radical do estado de fato, não é contemplada expressamente em nossa lei civil, mas decorre dos princípios gerais do Direito e exprime um mandamento de equidade. A jurisprudência, com o apoio da doutrina, tem decidido que tais contratos devem entender-se ‘rebus sic stantibus et in eodem statu momentibus’. É uma cláusula resolutória implícita, subentendida.”*

<sup>32</sup> Código de Processo Civil Comentado e legislação processual civil extravagante em vigor, p. 1083.

<sup>33</sup> Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto, p. 126.

<sup>34</sup> Direito Civil, p. 470.

No Direito Internacional, a cláusula *rebus sic stantibus* aparece denominada como *cláusula de hardship*, sendo levada, nas palavras de Celso Mello:

*“para o direito internacional por Alberto Gentili (De Jure Belli, 1598) e defendida entre os clássicos por Vattel. Esta cláusula, que se admite como subentendida em todos os tratados com prazo indeterminado ou prazo muito longo, acarretará que a convenção deverá ser revista ou terminada quando as circunstâncias que lhe deram origem forem substancialmente modificadas de modo imprevisível. Tal fato ocorre em virtude de se considerar que nenhum tratado é concluído para ser perpétuo”<sup>35</sup>.*

Tema central deste estudo, será apresentado com maior peculiaridade e aprofundamento em capítulo subsequente a sua inserção e influência nos contratos internacionais.

## **2. A cláusula de *hardship***

### **2.1. A origem**

Evidencia-se, nos últimos anos, a internacionalização vertiginosa do comércio, que culminou com a construção de uma estrutura autônoma do comércio internacional, regido por princípios e normas específicas. Essa crescente internacionalização advém, sobretudo, do progresso das tecnologias, diminuição das distâncias e burocracias estatais, do contínuo alargamento dos mercados, do crescimento das necessidades individuais, bem como a conseqüente intensificação do intercâmbio e da necessidade de cooperação econômica internacional para a constituição e desenvolvimento de grandes empresas transnacionais.<sup>36</sup>

Com o desenvolvimento excessivo do comércio internacional buscou-se, no âmbito jurídico, a unificação das normas que o regem, a fim de conceder maior segurança à celebração de tratados, acordos e contratos internacionais. Tem-se, assim, a consagração do Direito do Comércio Internacional como secção do Direito Internacional Privado, cuja função precípua é o estudo de princípios e normas afetas à organização e harmonização das leis comerciais dos países contratantes, avaliando sua aplicabilidade e suas limitações, apresentando soluções aos conflitos advindos da própria complexidade do sistema internacional, como o embate entre as legislações dos Estados e mesmo alterações ocorridas em face da oscilação da realidade econômica internacional. Assim, cabe a este ramo do Direito o estudo dos contratos a serem celebrados no sistema comercial internacional, bem como das cláusulas que o compõem, corriqueiramente aplicadas.

<sup>35</sup> Apud Jairo de Melo, *Contratos Internacionais e Cláusula de Hardship*, p. 81.

<sup>36</sup> Irineu Strenger, *Direito Internacional Privado*, p. 748.

Dentre tais cláusulas, ressaltamos a cláusula de *hardship*, que surge do desenvolvimento do comércio internacional, cujos contratos, usualmente de longa duração, expõem-se aos riscos imprevisíveis que podem ocorrer após a sua celebração, gerando dificuldades quanto à execução, bem como a possibilidade do surgimento de onerosidade excessiva às partes contratantes, provocando um desequilíbrio econômico não desejado.

Desse modo, as *hardship clauses* aparecem como variantes das denominadas cláusulas exoneratórias de responsabilidade, originariamente aplicadas aos contratos internacionais para regulamentar a impossibilidade de execução do mesmo. Visam, portanto, a revisão da obrigação, ou, no caso de ser esta impossível ou inviável, a rescisão do contrato.

A cláusula de *hardship* surge como instrumento para resguardo da segurança jurídica das partes contratantes em situações de inexecução da obrigação contraída, por motivos alheios à vontade das partes, visto que nem todos os países aceitam, em seu ordenamento interno, a teoria da onerosidade excessiva, aplicando em maior ou menor grau o princípio do *pacta sunt servanda*. O que se observa é que relegar ao ordenamento de cada contratante a solução de um conflito desta proporção desestruturaria ou pelo menos diminuiria um dos maiores anseios das partes ao celebrarem contratos internacionais, qual seja, a segurança jurídica.

A necessidade de um instrumento que preservasse a vontade inicial das partes, não as sujeitando ao prejuízo excessivo, inesperado quando da celebração do contrato, foi prevista nos princípios do UNIDROIT, ao qual dedicaremos estudo mais aprofundado na seqüência.

Dessa forma, são as *hardship clauses* originárias das teorias da onerosidade excessiva e da imprevisibilidade, visando dirimir as incertezas geradas pelos riscos incontroláveis inerentes aos contratos de longo prazo, possibilitando a aplicação do princípio da obrigatoriedade (*pacta sunt servanda*) na justa medida.

## 2.2 Conceito

Etimologicamente, traduz-se *Hardship* como algo difícil de suportar, sofrimento, privação, adversidade. Numa definição mais exata, tem-se como *hardship*:

*“uma situação em que a alteração de fatores políticos, econômicos, financeiros, legais ou mesmo tecnológicos que vigoravam na época da celebração do contrato resulte em conseqüências danosas para uma das partes. Tais modificações podem ser causadas por fenômenos geofísicos, pelas condições socioeconômicas vigentes no sistema internacional ou ainda pelas alterações no mercado internacional, advindas de crises estruturais, escassez, flutuação de preços etc., e suas*

*respectivas conseqüências na política comercial, como restrições, medidas de protecionismo, entre outras”.*<sup>37</sup>

Desse modo, pode-se dizer que a cláusula de *hardship* consiste numa cláusula de revisão, cujo objetivo precípua é a reorganização do equilíbrio contratual, com o fim de readaptá-lo, preservando a equidade das partes, ao novo contexto gerado pela superveniência de fato imprevisível, ou, não sendo possível a reorganização, proceder à rescisão do contrato sem onerar excessivamente qualquer das partes.

Orlando Gomes, em parecer transcrito por Luiz Olavo Batista<sup>38</sup>, define a cláusula de *hardship*, como:

*“uma cláusula que permite a revisão do contrato se sobrevierem circunstâncias que alterem substancialmente o equilíbrio primitivo das obrigações das partes. Não se trata de aplicação especial da teoria da imprevisão à qual alguns querem reconduzir a referida cláusula, (...). Trata-se de nova técnica para encontrar uma adequada reação à superveniência de fatos que alterem a economia das partes, para manter... sob o controle das partes, uma série de controvérsias potenciais e para assegurar a continuação da relação em circunstâncias que, segundo os esquemas jurídicos tradicionais, poderiam levar à resolução do contrato”.*

Bruno Oppetit a define como sendo aquela nos termos da qual as partes poderão demandar uma reorganização do contrato que as une, caso uma alteração interfira nos dados iniciais, com vistas aos quais elas se obrigaram, vindo a alterar o equilíbrio do contrato a ponto de fazer com que uma das partes se submeta a um rigor (*hardship*) injusto.<sup>39</sup>

No entendimento deste último autor, as *hardship clauses* configuram verdadeiras cláusulas de readaptação, que conjuntamente às cláusulas de manutenção (menos viáveis nos contratos internacionais de longo prazo, visto reportarem-se tão somente aos riscos monetários), visa salvaguardar o equilíbrio da execução dos contratos eventualmente alterado por fato imprevisível superveniente.

Luiz Olavo Baptista, reitera esse entendimento, sublinhando a semelhança entre a cláusula de *hardship* e a cláusula de força maior no que concerne à imprevisibilidade e à inevitabilidade do evento que lhes serve como fundamento de validade, divergindo, entretanto, no grau de alteração trazido pelo evento, visto que na cláusula de *hardship* a prestação tão somente torna-se mais onerosa, enquanto na força maior torna-se impossível.<sup>40</sup>

<sup>37</sup> Jairo Silva Melo, *op. cit.*, p. 84.

<sup>38</sup> *Dos Contratos Internacionais: uma visão teórica e prática*, p. 143-144.

<sup>39</sup> *L’adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances: la clause “hardship”*. p. 794. “...celle aux termes de laquelle les parties pourront demander un réaménagement du contrat qui les lie si un changement intervenu dans les données initiales au regard desquelles elles s’étaient engagées vient à modifier l’équilibre de ce contrat au point de faire subir à l’une d’elles une rigueur (*hardship*) injuste”.

<sup>40</sup> *Op. cit.*, p. 143.

Por fim, também na consolidação dos princípios do UNIDROIT, em seu art. 6.2.2, há a definição de *hardship*, que pertinentemente se transcreve:

*ARTICLE 6.2.2 – Définition – “Il y a hardship lorsque surviennent des événements qui altèrent fondamentalement l’équilibre des prestations, soit que le coût de l’exécution des obligations ait augmenté, soit que la valeur de la contre-prestation ait diminué, et*  
*a) que ces événements sont survenus ou ont été connus de la partie lésée après la conclusion du contrat;*  
*b) que la partie lésée n’a pu, lors de la conclusion du contrat, raisonnablement prendre de tels événements en considération;*  
*c) que ces événements échappent au contrôle de la partie lésée;*  
*et*  
*d) que le risque de ces événements n’a pas été assumé par la partie lésée”.*<sup>41</sup>

Ressalte-se ainda que a cláusula *hardship*, como instrumento de renegociação fundamentada sobretudo na Teoria da Autonomia da Vontade, terá a sua verdadeira definição formulada pelas próprias partes contratantes, que deverão prever no contrato a sua hipótese de incidência, efeitos e conseqüências.

Nesse sentido, alguns dos contratos que contêm a cláusula *hardship* procuram indicar quais são os eventos que a ela pode ajustar, outros unem este rol exemplificativo a uma fórmula genérica, e uma terceira modalidade tão somente apresenta uma disposição geral, de caráter exemplificativo<sup>42</sup>. Ressalte-se que não há uma forma específica, o que importa é que a redação da cláusula seja feita com atenção, pois os eventos variarão de acordo com o objeto do contrato.

Independentemente, portanto, da formulação que se dê às cláusulas de *hardship* no contrato, que geralmente remetem a constatação à arbitragem, maior relevo deve ser dado à situação fática que enseja a incidência da *hardship clause* estipulada no contrato de comércio internacional, sendo imprescindível à sua caracterização alguns elementos, descritos no item seqüente.

### 2.3 Elementos e características

As cláusulas de *hardship* pressupõem alguns elementos - muitos deles legalmente estabelecidos nos princípios do UNIDROIT, conforme visto no art. 6.2.2 - para sua incidência: (i)

<sup>41</sup> Artigo 6.2.2 (definição) – Há *hardship* no momento em que sobrevirem acontecimentos que alterem fundamentalmente o equilíbrio das prestações, sendo que o custo da execução das obrigações tenha aumentado e o valor da contra-prestação tenha diminuído e; a) que os acontecimentos sejam supervenientes ou foram conhecidos pela parte lesada após a conclusão do contrato; b) que a parte lesada não pode, quando da conclusão do contrato, razoavelmente prever os acontecimentos em questão; c) que os acontecimentos escaparam ao controle da parte lesada e; d) que o risco destes acontecimentos não foram assumidos pela parte lesada. (tradução própria).

<sup>42</sup> Ressalte-se que a tentativa de gerar uma lista taxativa dos acontecimentos albergados na cláusula de *hardship* representa, para muitos, um genuíno paradoxo, visto que esta cláusula destina-se a registrar fatos imprevisíveis. Seria, noutras palavras, a tentativa de prever o imprevisível.

imprevisibilidade do evento; (ii) inevitabilidade, (iii) exterioridade em relação à vontade das partes; (iv) grande dificuldade na execução do contrato; (v) onerosidade excessiva de uma das partes quando do cumprimento da obrigação e, conseqüentemente, (vi) desequilíbrio contratual.

Num primeiro momento procede destacar que a imprevisão do evento, elemento advindo da própria Teoria da Imprevisão, é usualmente analisada como uma das características centrais desta cláusula. Isto porque, se o evento danoso era previsível e as partes sobre o mesmo não dispuseram, coerentemente, aduz-se negligência da parte prejudicada que deverá, por sua própria omissão, suportar o ônus do evento que lhe é prejudicial. Nesse sentido, evidente que a imprevisibilidade sobre a qual dispõe a cláusula de *hardship* não consiste no evento em si (porque imprevisível), mas na consciência da possibilidade de sobrevirem situações que, afastadas substancialmente da raia de probabilidade, não puderam ser previstas pelas partes na época da celebração do contrato.

Alguns doutrinadores<sup>43</sup> sobre o assunto não partilham do entendimento de ser a imprevisibilidade um dos elementos centrais das cláusulas de *hardship*, preferindo à mesma o elemento da exterioridade, que não é senão a sobreposição do evento danoso à vontade das partes.

Noutras palavras, caracterizam como fundamento basilar à aplicação deste instrumento de reajuste contratual não a imprevisibilidade inerente ao evento danoso, mas o fato de não ser este querido pelas partes, escapando ao controle da parte lesada, sendo, portanto, inevitáveis. Ressalte-se que neste último aspecto (inevitabilidade) configura-se um elemento puramente objetivo, que em nada se reporta à vontade das partes, fundamentando-se tão somente na imposição do princípio da boa-fé.

Faz-se necessário uma ressalva, no que se refere ao momento da ocorrência do desequilíbrio contratual e a conseqüente alteração por ele ocasionada, para fins de aplicação da cláusula de *hardship*: o mesmo deverá ter ocorrido ou chegado ao conhecimento da parte lesada sempre após a celebração do contrato. Em consonância ao disposto no art. 6.2.2, alínea “a” dos princípios do UNIDROIT, é considerado obrigatório que o momento no qual a parte tome conhecimento do evento que gerou o *hardship* seja posterior à conclusão do contrato, relevando o momento de ocorrência do acontecimento.

Quanto à alteração trazida pelo evento prejudicial dispõem os comentários “a” e “b” do n° 2 do art. 6.2.2 dos princípios do UNIDROIT que a mesma deverá ser fundamental, o que se entende pelo aumento substancial dos gastos da parte prejudicada quando do cumprimento da sua obrigação ou pela diminuição excessiva do valor da contraprestação que deveria receber.

Com efeito, depreende-se, destes dispositivos, a necessidade da onerosidade excessiva para uma das partes. Observe-se que este requisito conjuntamente com a imprevisão, forma as bases

---

<sup>43</sup> Nesse sentido, Bruno Oppetit, *La clause hardship et la theorie de l'imprevision em droit compare*, p. 335-351.

originárias da cláusula de *hardship*. Neste aspecto, pode-se concluir que esta cláusula de reajuste contratual visa conservação da estabilidade dos contratos internacionais, impedindo que as incertezas constantes do comércio internacional possam gerar o enfraquecimento do mesmo por conta da insegurança jurídica.

Assim, conclui-se mais uma vez que não consiste a cláusula de *hardship*, como ocorre com a cláusula de força maior, em exceção ao princípio do *pacta sunt servanda*. Pelo contrário, a referida cláusula possibilita o efetivo cumprimento dos contratos internacionais, porque contém regras adaptadoras, que redimensionam as oscilações que perduram sobre a realidade do comércio internacional.

Por fim, quanto aos riscos abarcados pela cláusula de *hardship* há de se fazer breves considerações. Isso porque os riscos que aqui se analisa consistem nos incontrolláveis, ou seja, não daqueles advindos da inexecução dolosa ou voluntária do contrato, mas sim do inadimplemento por causas alheias à vontade dos contratantes e que ocorrem ao longo do tempo.

Ainda quanto ao risco, é válido salientar que ele não poderá ter sido assumido no momento da celebração do contrato, por vezes pela sua própria natureza – como ocorre com a celebração de contrato tipicamente aleatório. Em suma, o risco enquanto elemento relevante à incidência da cláusula de *hardship* deverá ser incontrollável e não assumido pelas partes, implícita ou expressamente. Caso contrário, tem-se a incidência do *pacta sunt servanda*, ainda regra geral na celebração dos contratos, conservando-se a segurança jurídica dos contratos e a boa-fé dos contratantes.

Quanto às suas características, as *hardship clauses* não têm estrutura pré-definida, estando as partes livres para estipularem os termos que considerarem relevantes na situação específica sobre a qual formula-se o contrato internacional. Deve-se atentar, entretanto, no momento de redação desta cláusula, para diferenciá-la sobretudo da cláusula de força maior, discriminando detalhadamente os elementos que lhes dão ensejo.

Assim, as cláusulas de *hardship* deverão ser previstas nos moldes da preferência das partes contratantes. Alguns elementos específicos são aconselháveis para a perfeita aplicação destas cláusulas: (i) os principais eventos que lhe dariam ensejo (ii) as pessoas competentes para proceder à readaptação, (iii) as modalidades de negociação e (iv) as conseqüências destas, ou seja, a possibilidade de intervenção de terceiros nas renegociações do contrato ou até mesmo as hipóteses de suspensão parcial ou total dos efeitos do contrato enquanto perdurar a renegociação.

Analisada a estrutura da cláusula de *hardship*, convém expor, mesmo que brevemente, os efeitos de sua incidência, enumerados sobretudo no art. 6.2.3 dos Princípios do UNIDROIT, quais sejam: (i) renegociação; (ii) suspensão da execução ou a modificação ou resolução do contrato por decisão judicial ou arbitral, no caso de insucesso da renegociação.

## 2.4. Efeitos

Concretizada a hipótese de incidência da cláusula de *hardship* será processada a readaptação do contrato, por solicitação da parte prejudicada, mediante a aplicação da aludida cláusula. Essa solicitação deverá ser feita tão logo a parte tome conhecimento do evento oneroso, de maneira que o não exercício da faculdade de readaptação do contrato, nele prevista, implica automaticamente na continuação de seus efeitos jurídicos, obrigando as partes desde a ocorrência do evento gerador de *hardship* até o momento da readaptação.<sup>44</sup>

Solicitada, a readaptação poderá concretizar-se de forma voluntária e consensual ou através da intervenção de um árbitro, que decidirá conforme os limites da situação jurídica em questão.

É válido ressaltar, que a cláusula de *hardship* tem como objetivo precípuo a revisão da obrigação, e, não sendo esta viável, a rescisão do contrato. Seus efeitos encontram-se expressos no art. 6.2.3 dos princípios do UNIDROIT:

*ARTICLE 6.2.3 – Effets - En cas de hardship, la partie lésée  
Pert demander l'ouverture de renégociations. La demande doit  
être faite sans retard indu et être motivée.*

- 1) *La demande ne donne pas par elle-même à la partie lésée le droit de suspendre l'exécution de ses obligations.*
- 2) *Faute d'accord entre les parties dans un délai raisonnable, l'une ou l'autre Pert saisir le tribunal.*
- 3) *Le tribunal qui conclut à l'existence d'un cas de hardship Pert, s'il l'estime raisonnable:*
  - a) *mettre fin au contrat à la date et aux conditions qu'il fixe; ou*
  - b) *adapter le contrat en vue de rétablir l'équilibre des prestations.*<sup>45</sup>

### 2.4.1. Renegociação

A renegociação deve ser requerida pela parte, sem atraso injustificado – *undue delay* – devendo ser aferida as circunstâncias de *hardship* do caso específico, com vistas à boa-fé das partes envolvidas.

Adjunto ao requerimento deverá a parte que requer a aplicação da cláusula de *hardship* apresentar as razões que fundamentam o pedido de renegociação do contrato, devendo ser apresentadas à parte contrária em lapso temporal razoável, sem demora injustificada. Ressalte-se

<sup>44</sup> Jairo Silva Melo, *op. cit.*, p.110.

<sup>45</sup> Artigo 6.2.3 (Efeitos) – 1) Em caso de *hardship*, a parte lesada poderá demandar a abertura das renegociações. A demanda deverá ser feita sem demora injustificada e ser motivado. 2) A demanda não dá por si própria, à parte lesada, o direito de suspender a execução de suas obrigações. 3) A falta de acordo entre as partes num período razoável, permitirá à uma ou à outra parte ingressar perante o Tribunal. 4) O Tribunal que concluir pela existência de um caso de *harship* pode, se considerar razoável: a) por fim ao contrato na data e condições que ele fixar ou; b) adaptar o contrato buscando restabelecer o equilíbrio das prestações.

que as determinações legais não prevêm quaisquer penalidades ao descumprimento da norma que proíbe o atraso injustificado, exceto a influência deste na averiguação da incidência ou não de *hardship*.

Na prática, as próprias partes, ao estipularem as cláusulas de *hardship*, devem prever o prazo no qual deverão ser apresentadas tais razões, bem como as penalidades referentes à não obediência de tal prazo.

Confirmada por ambas as partes a fundamentada ocorrência de *hardship*, bem como a razoabilidade do requerido pela parte prejudicada, podem proceder as mesmas voluntariamente à renegociação do avençado, ou recorrer à intermediação de um árbitro. Tem-se observado que as próprias partes procedem, geralmente, às modificações necessárias no reajuste contratual. Nada impede, entretanto, que um terceiro o faça, devendo esta opção estar expressamente definida no contrato internacional e sendo, como bem lembra Nadia Araújo<sup>46</sup>, esta a opção menos desejada pelas partes.

Saliente-se que, apesar de denominada voluntária, a renegociação não se trata de uma faculdade da parte proceder ao reajuste. Uma vez confirmado os elementos caracterizadores da *hardship*, a parte tem o dever de proceder à renegociação, sendo, portanto, uma cláusula compulsória.

#### **2.4.2. Suspensão da execução**

Como dispõe o nº 2 do art. 6.2.3, a renegociação por si só não gera o direito à parte lesada de suspender a execução do contrato, permitindo-se tão somente em “situações extraordinárias”. Este dispositivo tem como fundamento evitar o uso indiscriminado da cláusula de *hardship* para fins protelatórios da execução do contrato, gerando insegurança jurídica no âmbito do comércio internacional, efeito justamente oposto ao que se destina este dispositivo.

Conclui-se, portanto, que, ocorrendo a renegociação entre as partes, voluntariamente ou por decisão arbitral, estará preservado o vínculo contratual. Ressalte-se que esse vínculo não foi suspenso e tampouco cessou seus efeitos durante as negociações, mantendo-se o contrato nas condições originariamente celebradas.

Por fim, não sendo possível, por nenhuma das modalidades já apresentadas, proceder à adaptação do contrato internacional, tem-se como última solução razoável a confirmação, pelo

---

<sup>46</sup> Nadia Araújo, *A Cláusula de Hardship nos Contratos Internacionais e sua Regulamentação nos Princípios para os Contratos Comerciais Internacionais do Unidroit*, in “O Direito Internacional e o Direito Brasileiro – Homenagem a José Francisco Rezek”, p. 850.

Tribunal, das cláusulas do contrato assim como estão dispostas, ou a permissão para que prossigam as partes às negociações tentando um acordo sobre a adaptação do contrato. Nesse sentido, dispõe o artigo 7.4.1, nº 1 dos Princípios Unificados do UNIDROIT:

*ARTICLE 7.4.1 - Droit aux dommages-intérêts- L'inexécution d'une obligation donne au créancier le droit à des dommages-intérêts, soit à titre exclusive, soit en complément d'autres moyens, sous réserve des exonérations prévues dans ces Principes.*<sup>47</sup>

### **2.4.3. Resolução ou modificação do contrato, em decorrência de decisão judicial**

Não sendo possível a readaptação do contrato pelas modalidades já apresentadas, visto não acordarem as partes sobre a solução adequada à aplicação da cláusula de *hardship*, há uma última possibilidade, disposta no nº 4 do art. 6.2.3. dos Princípios do UNIDROIT, consistente na resolução do conflito.

A resolução do contrato, neste caso, é subordinada ao critério da razoabilidade. Assim, o contrato só será resolvido quando sua adaptação não for razoável. Noutras palavras, pode-se afirmar que sendo razoável adaptar o contrato, o tribunal chamado limitar-se-á a restabelecer o equilíbrio contratual originário, não lhe sendo facultado a imposição de nova solução ao contrato em questão.

Como bem lembra Jairo Melo:<sup>48</sup>

*“A readaptação contratual da situação ocorrerá raramente segundo a análise jurídica acima apresentada, por meio judicial, porque as partes são em geral animadas de uma vontade comum de concluir e manter o contrato seguindo o equilíbrio existente quando da sua celebração, que normalmente tendem a respeitar a previsão da solução pelos meios contratualmente determinados”.*

Tanto melhor que assim ocorra, pois os contratos internacionais de comércio têm como princípio informante basilar o da Autonomia da Vontade, devendo as partes, e não os magistrados, decidirem conforme sua vontade as questões incidentes às suas relações contratuais.

Sendo optado por esta modalidade de resolução ou modificação do contrato, o tribunal deverá distribuir equitativamente os prejuízos entre as partes, considerando a extensão do risco assumido por cada uma das partes, sendo permitido, inclusive, readaptar o preço originariamente estipulado.

<sup>47</sup> Artigo 7.4.1 (Direito aos danos excessivos) – A inexecução de uma obrigação dá ao credor o direito aos danos excessivos, seja a título exclusivo, seja em complemento de outros recursos, sempre sob a condição de exoneração prevista nestes Princípios.

<sup>48</sup> *Contratos Internacionais e Cláusulas Hardship.*

### 3. A cláusula de *Hardship* e a cláusula de força maior

De Plácido e Silva define os casos de Força Maior como aquele que:

*“mesmo previsto ou previsível, não pode ser evitado pela vontade ou pela ação do homem. (...) Se caracteriza precipuamente pela irresistibilidade, não se levando em conta, quanto ao acontecimento que se registra, se era previsto ou não.”*<sup>49</sup>

Também a Convenção de Viena sobre a Venda Internacional de Mercadorias de 1980, em seu artigo 79, conceitua a força maior, elucidamente expondo que:

*“uma parte não é responsável pela inexecução de qualquer de suas obrigações se provar que tal inexecução se ficou a dever a um impedimento alheio à sua vontade e que não era razoável esperar que ela o tomasse em consideração no momento da conclusão do contrato, o prevenisse ou o ultrapassasse, ou que prevenisse ou ultrapassasse suas conseqüências”.*

A Jurisprudência pátria corroborou com a conceituação de Força Maior, inclusive esclarecendo a diferenciação entre a mesma e o caso fortuito, como relatado pelo Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, ministro do Superior Tribunal de Justiça, em sede de Recurso Especial, que no seu voto leciona:

*“nota-se, portanto, que a força maior só resta caracterizada quando houver impossibilidade absoluta de cumprimento da obrigação, ou seja, quando é inevitável seu descumprimento, por qualquer outro meio, em razão das circunstâncias ensejadas pelo fato de terceiro. Isto porque, ainda configurando-se possível o objeto do contrato e sendo, por outros meios, possível o adimplemento da prestação, deve-se sempre colimar à continuidade do contrato – notadamente pelo princípio insculpido no brocardo ‘pacta sunt servanda’ –, ainda que certos termos tenham que ser flexibilizados e revistos, com vistas a retomar o equilíbrio fissurado por fato superveniente – aplicando-se o brocardo ‘rebus sic stantibus’, ou, como hodiernamente denominado, a teoria da imprevisão”.*<sup>50</sup>

Assim, tem-se segundo esse entendimento, como requisitos à configuração de caso de força maior, necessariamente, a (i) imprevisibilidade, (ii) inevitabilidade e (iii) ausência de culpa do devedor quanto à ocorrência do evento impeditivo da execução do contrato.

Ao adotar a cláusula de força maior, os contratantes poderão, ainda, fazer apenas uma referência, sem qualquer descrição, apenas para que seja aplicado o direito às situações de força

<sup>49</sup> *Op. cit.*, “VERNÁCULO: CASO DE FORÇA MAIOR”. Ressalte-se que a visão apresentada pelo autor não é unânime na doutrina, que dispõe de inúmeras classificações sobre o tema, sobretudo no que concerne à diferenciação entre caso fortuito e caso de força maior, cujo estudo não nos compete neste trabalho.

<sup>50</sup> Resp. 172.333/RS DJ. 14.9.98.

maior, que necessariamente será o da lei de regência do contrato, sendo que a enumeração ou descrição da cláusula poderá ser de caráter exaustivo ou meramente exemplificativo.<sup>51</sup>

Quanto à identidade entre cláusula de força maior e a cláusula de *hardship*, pode-se afirmar que se resumem a dois elementos: primeiro, o fato de ambos ocorrerem no intermédio do prazo de execução do contrato e, segundo, a ausência de culpa das partes quanto à ocorrência do evento.<sup>52</sup>

Suas divergências, entretanto, iniciam-se já em seus respectivos fundamentos de validade. Enquanto a cláusula de força maior fundamenta-se na inevitabilidade e imprevisibilidade do evento, que conduzem à absoluta impossibilidade de cumprimento da obrigação, a cláusula de *hardship* tem como basilar a Teoria da Onerosidade Excessiva, não configurando como elemento principal para sua caracterização a imprevisibilidade do acontecimento, mas a onerosidade excessiva advinda do mesmo a uma das partes contratantes.

Noutras palavras, não se pontua, na aplicação da cláusula de força maior, as características pessoais das partes contratantes, mas tão somente a impossibilidade de cumprimento da obrigação avençada por motivo superveniente e externo à vontade das partes. Se o cumprimento fosse possível, ainda que extremamente oneroso ao devedor, irrelevante seria o fato em relação à cláusula de força maior.

O mesmo não ocorre com a cláusula de *hardship*, cuja fundamentação reside, justamente, no fato de sofrer o devedor uma perda excessiva caso seja obrigado a cumprir com o avençado. Ressalta-se, assim, uma característica interna da relação contratual, e não a possibilidade ou não de cumprimento do contrato.

Assim, pode-se concluir que enquanto a cláusula de força maior representa verdadeira exceção ao *pacta sunt servanda*, a cláusula de *hardship* a complementa, visando, sobretudo, a segurança jurídica das relações contratuais de longo prazo.

Uma segunda disparidade entre ambos instrumentos, que pode ser considerada como a mais evidente no que concerne aos contratos internacionais do comércio consiste na conseqüência gerada pelo evento. Como já afirmado anteriormente, as cláusulas de força maior operam seus efeitos quando se torna impossível a execução do contrato, apesar da vontade presumida do devedor de cumpri-la. Nas cláusulas de *hardship*, não se verifica a impossibilidade da execução da obrigação, mas apenas uma grande dificuldade a uma das partes de fazê-lo, em face do aumento vertiginoso do custo da execução.

---

<sup>51</sup> Retoma-se aqui a questão do paradoxo de tentar prever o imprevisível, situação que ocorre na estipulação de situações que poderão ser abarcadas pelas cláusulas de *hardship*. Neste caso, evidencia-se que a existência de lista exemplificativa e não taxativa apresenta-se como mais coerente com o referido instrumento, visto a impossibilidade de limitar as hipóteses de incidência da cláusula quando se trata justamente da ocorrência de fatos imprevisíveis.

<sup>52</sup> Maria Luiza Machado Granziera, *Contratos Internacionais: negociação e renegociação*, p. 83.

Apesar da distinção doutrinária entre as duas cláusulas, a prática da redação dos contratos tem aproximado os dois conceitos, tanto no que se refere à hipótese quanto no tocante ao regime estabelecido pela cláusula, proporcionando muita confusão. Nesse sentido, é comum a existência de cláusulas que descrevem como hipótese de força maior situações nas quais a execução não se tornou impossível, mas apenas excessivamente onerosa a uma das partes, o que de acordo com a distinção conceitual seria hipótese própria de cláusula de *hardship*.

Por outro lado, apesar de ser o efeito característico da cláusula de força maior a suspensão da prestação e, num momento posterior, a rescisão do contrato com a exoneração da responsabilidade do devedor, algumas delas prevêm um regime de negociação, tornando-a mais semelhante à cláusula de *hardship*.

Segundo Irineu Strenger<sup>53</sup>, uma das maiores autoridades no estudo do direito do comércio internacional, a proximidade entre as cláusulas de *hardship* e de força maior são ainda mais evidentes. Defende que ambas são cláusulas exoneratórias de responsabilidade, independente da denominação utilizada. Reitera, ainda, que a cláusula de *hardship* é, na verdade, uma variante da cláusula de força maior.

Pode-se concluir, por fim, que a cláusula de *hardship* consiste, na verdade, em complementação à cláusula de força maior, posto que além dos fenômenos naturais, políticos e demais que possibilitarão a suspensão ou resolução do contrato (força maior), por intermédio daquela, também será possibilitada a intervenção no contrato apenas para, adaptando-o, o mesmo se torne mais equilibrado, num mecanismo de verdadeira revisão contratual.

Os elementos de conexão e distinção entre a força maior e a cláusula de *hardship* também são depreendidos dos Princípios do UNIDROIT. Como exemplo, podem ser apresentadas as disposições do art. 7.1.7, no qual encontra-se regulamentada a força maior:

*ARTICLE 7.1.7 - Force Majeure*

- 1) *Est exonere dès conséquences de son inexécution le débiteur qui établit que celle-ci est due à un empêchement qui échappe à son contrôle et que l'on ne pouvait raisonnablement attendre de lui qu'il le prenne en considération au moment de la conclusion du contrat, qu'il le prévienne ou le surmonte ou qu'il em prévienne ou surmonte les conséquences.*
- 2) *Lorsque l'empêchement n'est que temporaire, l'exonération produit effet pendant un délai raisonnable en tenant compte des conséquences de l'empêchement sur l'exécution du contrat.*

<sup>53</sup> *Contratos Internacionais*, p. 248-50.

- 3) *Le débiteur doit notifier au créancier l'existence de l'empêchement et les conséquences sur son aptitude à exécuter. Si la notification n'arrive pas à destination dans un délai raisonnable à partir du moment où il a eu, ou aurait dû avoir, connaissance de l'empêchement, le débiteur est tenu à des dommages-intérêts pour le préjudice résultant du défaut de réception.*
- 4) *Les dispositions du présent article n'empêchent pas les parties d'exercer leur droit de résoudre le contrat, de suspendre l'exécution de leurs obligations ou d'exiger les intérêts d'une somme échue.*<sup>54</sup>

Com efeito, observa-se que há a possibilidade de ocorrer, nos termos das disposições dos princípios do UNIDROIT, a configuração, ao mesmo tempo, de um caso tanto de *hardship* como de Força Maior, ficando à parte a escolha do meio que lhe parecer mais conveniente. Invocando a força maior, a parte deverá justificar a inexecução de sua prestação. Se invocar a cláusula de *hardship*, o contratante irá, primeiramente, renegociar as cláusulas do contrato, com o fim de viabilizar a continuação dos contratos com as cláusulas revisadas.<sup>55</sup>

Nestes casos, a escolha entre o instrumento de *hardship* ou de força maior tem substanciais diferenças em seus efeitos. As *hardship clauses* não possibilitam, *prima facie*, a suspensão da execução do contrato, nem é aplicada automaticamente à ocorrência do fato, enquanto a força maior age automaticamente, requerendo tão somente a notificação pela parte prejudicada à outra, acerca dos impedimentos que geraram a inexecução do contrato.

#### **4. Equilíbrio nos contratos internacionais - a importância das cláusulas de *hardship***

A prática diária das relações internacionais, que apresentou uma evolução vertiginosa nas últimas décadas, gerou a independência do Comércio Internacional, bem como da realidade jurídica que o rege, requerendo, face sua complexidade, a criação de instrumentos próprios que viabilizem tais atividades econômicas.

<sup>54</sup> Artigo 7.1.7 (Força Maior) – 1) É exonerado das conseqüências de sua inexecução o devedor que demonstrou que a mesma se deve à um impedimento que escapa de seu controle e que não se poderia razoavelmente esperar que ele levasse em consideração o momento de consideração do contrato, que evitasse o fato ou suas conseqüências; 2) Sendo o impedimento tão somente temporário, a exoneração produzirá efeitos durante período equivalente ao razoável para que tenha reparado os efeitos do impedimento da execução do contrato. 3) O devedor deverá notificar o credor da existência de impedimento e as conseqüências sobre sua. Se a notificação não chegar ao seu destino dentro de um prazo razoável a partir do momento que a parte lesada soube ou deveria saber do impedimento, o devedor é responsável pelos danos causados pelo não recebimento. 4) As disposições deste presente artigo não impedem as partes de extinguir o contrato, de suspender sua execução ou exigir juros sobre a quantia devida. (tradução própria)

<sup>55</sup> Princípios do UNIDROIT, comentário 6 do Art. 6.2.2.

Conjuntamente ao avanço experimentado nas relações internacionais entre os países, advieram profundos conflitos sobretudo relacionados à instabilidade da regulamentação jurídica deste novo sistema, que padece de um regime normativo único e positivado, gerando insegurança na contratação internacional.

Irineu Strenger alerta sobre tal situação, lecionando que:

*“a segurança das relações e comércio internacional dependeria da possibilidade de se conseguir submetê-las a um regime único, isto é, encontrando modo de evitar que essas relações fiquem continuamente sujeitas ao impacto de leis imperativas divergentes e, portanto, impossibilitando a realização dos negócios concernentes de acordo com a prática vigente e acatada pelas partes intervenientes.”<sup>56</sup>*

As relações de comércio internacional pautam-se, sobretudo, em princípios e nos costumes advindos da prática, sobrepondo-se, de maneira incontestável, o princípio da autonomia da vontade das partes quando da contratação. Desta forma, os contratos internacionais adquirem real importância como forma de promover relativa segurança jurídica às relações estabelecidas, pois firmam a obrigatoriedade das partes contratantes de cumprirem o avençado.

Também corrobora a insegurança das atividades econômicas internacionais a probabilidade maior da ocorrência de riscos incontroláveis, sobretudo em razão da longa duração dos contratos internacionais, que venham afetar as circunstâncias iniciais quando da celebração do contrato, trazendo onerosidade excessiva à uma das partes, e seu conseqüente irreparável prejuízo econômico. Evidente que tal situação geraria imediato receio aos países de firmarem acordos comerciais internacionais, decretando a falência deste sistema de comércio internacional.

Para fins de preservar este equilíbrio das relações do comércio internacional, a doutrina desenvolveu as chamadas *hardship clauses*, como meio de reestruturação do contrato, a qual possibilita a continuidade da relação contratual entre as partes obrigadas por intermédio da revisão das cláusulas do contrato afetadas pelo fato oneroso imprevisível.

Jairo Silva Melo<sup>57</sup> compartilha deste entendimento, reiterando que:

*“das soluções encontradas pelos comerciantes para realizarem a contratação internacional com uma margem de segurança satisfatória, (...) uma delas se traduz na utilização de técnica redacional nos contratos, mediante a inclusão de cláusulas de readaptação (hardship), através das quais ocorre a possibilidade de que as partes mantenham o equilíbrio do contrato que pactuaram quando da sua celebração”.*

No desenvolvimento desta argumentação, conclui o autor por dizer que:

<sup>56</sup> *Direito Internacional Privado*, p. 813.

<sup>57</sup> *Contratos Internacionais e Cláusulas Hardship*.

*“a inclusão da cláusula de hardship permite a elaboração de um contrato no qual o seu equilíbrio resulte da convergência de interesses das partes que o integram, (...), resguardando, todavia, o respeito à vontade expressa pelas partes, relativa ao equilíbrio do contrato”.*

Assim, as cláusulas de *hardship* aplicadas aos contratos internacionais, sobretudo de longa duração, não são senão a consolidação dos princípios da boa-fé, equidade e justiça contratual no âmbito internacional, mantendo-se o interesse primeiro dos contratantes, qual seja, o de não auferir prejuízos em suas relações econômicas, em razão de fatos alheios e imprevisíveis. Configura, assim, um mecanismo de equilíbrio contratual, que possibilita aos contratantes interferirem nos resultados econômicos do avençado, quando constatada a ocorrência de fatos supervenientes à vontade das partes que desequilibrem a relação comercial inicial.

Nesse sentido, entende-se inconsistência a crítica à cláusula de *hardship*, cuja argumentação sustenta que a sua aplicação acaba por gerar instabilidade nas relações contratuais por provocarem ambigüidade nas obrigações avençadas. Primeiramente, convém destacar que as cláusulas de *hardship*, como já apresentado neste estudo, amoldam-se à vontade das partes, podendo ser ampla ou restrita. Segundo, as situações sobre as quais se estabelecem tais cláusulas de readaptação já são substancialmente instáveis e incertas, sendo justamente objetivo das cláusulas de *hardship* investir-lhes certa dose de certeza.

Por fim, tem-se a doutrina de Guimarães Menegale<sup>58</sup> acerca da Teoria da Imprevisão, fundamento originário das *hardship clauses*, para quem *“a teoria da imprevisão, se torna mais aleatória a obrigação, torna menos aleatória a execução”*. No âmbito internacional, é exatamente este o objetivo precípuo das cláusulas de *hardship*, isto é, tornar menos aleatória a execução, que por prolongar-se no tempo expõe-se, demasiadamente, às mudanças profundas que freqüentemente afetam a realidade econômica mundial. Com efeito, a aleatoriedade gerada à obrigação é amenizada pela ampla discricionariedade das partes quando da formatação destas cláusulas de readaptação, moldando-as às necessidades do contrato.

Nadia de Araújo, em esclarecedor estudo sobre as *hardship clauses*, também expõe a importância destas à reestruturação do equilíbrio contratual, afetado por fatos imprevisíveis, inevitáveis e geradores de excessiva onerosidade. No entendimento da autora:<sup>59</sup>

*“nestes últimos (contratos internacionais de longa duração), o risco de uma mudança brusca e imprevisível das circunstâncias que existiam no momento de sua assinatura pode gerar inúmeros obstáculos à sua execução, pois diferida no tempo. (...) de tal modo que é necessário ter um mecanismo para retomar esse equilíbrio. A inserção deste tipo no contrato*

<sup>58</sup> Parecer in “Revista Forense”, Vol. 133, p. 46.

<sup>59</sup> Nadia Araújo, *A Cláusula de Hardship nos Contratos Internacionais*, p. 840-1.

*acontece mediante uma cláusula específica, conhecida como hardship.”*

Indubitável, portanto, a atuação das cláusulas de *hardship* na conservação do equilíbrio contratual entre as partes nos contratos internacionais, o que ocasionou sua aplicação nos mais diversos contratos, como os de seguros, *commodities*, *offshore*, e, especialmente os contratos de longa duração, como os celebrados na indústria petrolífera.

## Conclusão

Algumas conclusões relevantes podem ser extraídas deste breve estudo acerca da cláusula de *hardship* enquanto instrumento de equilíbrio dos contratos internacionais.

Primeiramente, pode se afirmar que a referida cláusula tem como origem mais remota a cláusula *rebus sic stantibus*, bem como a Teoria da Imprevisão, apesar de seu precípua fundamento de validade, na forma como é aplicada hoje, consistir na Onerosidade Excessiva. Noutras palavras, apesar de configurar como um dos elementos centrais para incidência das *hardship clauses*, a imprevisibilidade não é mesmo auto-suficiente, sendo crucial a demonstração da extrema desvantagem gerada pelo evento superveniente.

Uma segunda conclusão, senão a principal, que se abstrai no desenvolvimento deste estudo é a configuração da cláusula de *hardship* não como exceção frontal ao princípio do *pacta sunt servanda*, mas como verdadeira complementação deste. Sem quaisquer receios, pode-se afirmar que é a possibilidade de rearranjo do contrato internacional, mantendo o equilíbrio das partes, na ocorrência de eventos imprevisíveis, danosos e supervenientes, que dá verdadeira estabilidade à força obrigatória dos contratos. Sem a possibilidade de revisão, as relações contratuais restariam visivelmente incertas e inseguras, refletindo tal fragilidade nas próprias relações do comércio internacional.

Portanto, a cláusula de *hardship* é exceção ao princípio da força obrigatória do contrato no sentido de somente aplicar-se em casos isolados e que preencham os seus inúmeros requisitos. Mas substancialmente configura o ponto de equilíbrio das relações contratuais, trazendo às partes a segurança de não experimentar perdas exorbitantes geradas por fatos imprevisíveis e indesejados.

Nesse sentido, ficou evidenciado ao longo do estudo, e principalmente em seus derradeiros capítulos, a importância da cláusula de *hardship* na manutenção do equilíbrio das relações contratuais, advindo da própria autonomia da vontade das partes de se readaptarem às novas realidades econômicas que se apresentem, viabilizando sobretudo os contratos de longa duração.

Numa última análise, cabe ressaltar que não se identificam as cláusulas de *hardship* e de força maior, que podem, inclusive, subsistirem conjuntamente num só contrato internacional. A primeira consiste, respeitada doutrina divergente, numa cláusula de revisão, enquanto a cláusula de força maior é verdadeira cláusula exoneratória de responsabilidade.

A relevância da cláusula de *hardship* reflete-se também na dedicação que lhe destina as normas jurídicas de Direito Internacional, como os Princípios do UNIDROIT, hoje sabidamente uma das principais linhas mestras das relações do comércio internacional, que ao longo deste trabalho foram pertinentemente citadas.

Evidente que não se esgota, em momento algum, o estudo deste instrumento de revisão, até mesmo em face da acelerada e constante mutação da realidade internacional e das normas que a regem. Antes, espera-se tão somente que o trabalho tenha realizado o seu objetivo de apresentar breves ponderações acerca da cláusula de *hardship* e sua atuação no equilíbrio dos contratos internacionais, contribuindo para o estudo de tão complexo e relevante tema.

## **Bibliografia**

- ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. *Novíssimo Dicionário Jurídico*. Vol. I, São Paulo: Brasiliense, 1991.
- ARAÚJO, Nadia de. *A Cláusula de Hardship nos Contratos Internacionais e sua Regulamentação nos Princípios para os Contratos Comerciais Internacionais do Unidroit*. In: *O Direito Internacional e o Direito Brasileiro: Homenagem a José Francisco Rezek*. Wagner Menezes (org.), Ijuí, Editora Unijuí, 2004.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Contratos Inominados ou Atípicos e Negócio Fiduciário*. Belém: Cejup, 1988.
- BAPTISTA, Luiz Olavo. *Dos Contratos Internacionais – uma Visão Teórica e Prática*. São Paulo: Saraiva, 1994.
- BORGES, Nelson. *A Teoria da Imprevisão no Direito Civil e no Processo Civil*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- DERANI, Cristiane. *Política Nacional das Relações de Consumo e o Código de Defesa do Consumidor*. In: “Revista de Direito do Consumidor”, nº 29.
- DINIZ, Maria Helena. *Tratado Teórico e Prático dos Contratos*. Vol. I, São Paulo: Saraiva, 1993.
- DONNINI, Rogério Ferraz. *A Revisão dos Contratos no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1999.
- FILOMENO, José Geraldo Brito. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. 6ª ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.
- FONSECA, Arnaldo Medeiros. *Caso Fortuito e a Teoria da Imprevisão*. Rio de Janeiro: Forense, 2ª ed., 1958.
- GRANZIERA, Maria Luiza Machado. *Contratos Internacionais: Negociação e Renegociação*. São Paulo, Ícone, 1993.
- GOMES, Orlando. *Contratos*, 18ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1998.
- \_\_\_\_\_. *Introdução ao Direito Civil*, 6ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1979.
- JÚNIOR, Otávio Luiz Rodrigues. *Revisão Judicial dos Contratos: Autonomia da Vontade e Teoria da Imprevisão*. São Paulo: Atlas, 2002.

- MAIA, Paulo Carneiro. *Da Cláusula Rebus Sic Stantibus*. São Paulo: Saraiva, 1959.
- MELO, Jairo Silva. *Contratos Internacionais e Cláusulas Hardship*. São Paulo: Aduaneiras, 2000.
- MORAES, Renato José de. *Cláusula Rebus Sic Stantibus*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- NERY JÚNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil Extravagante em Vigor*. 4ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- OPPETIT, Bruno. *L'adaptation des Contrats Internationaux aux Changements de Circonstances: la Clause "Hardship"*. "Journal du Droit International", nº 4, 1974.
- \_\_\_\_\_. *La Clause Hardship et la Theorie de L'imprevisión em Droit Compare*. Parte I, "Revue Roumaine D'etudes Internationales", 22, 1988.
- PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. Tomo XXXVIII, Rio de Janeiro: Editora Borsoi, 1962.
- RANOUIL, Véronique. *L'autonomie de la Volonté - Naissance et Évolution d'um Concept*, Paris: Presses Universitaires de France, 1980.
- RECHSTEINER, Beat Wlater. *Direito Internacional Privado – Teoria e Prática*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- RIPERT, Georges. *La Règle Morale Dans Lês Obligations Civiles*. 3ª ed., Paris: Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence, 1935.
- SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 18ª ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001.
- STRENGER, Irineu. *Direito Internacional Privado*. 5ª ed., São Paulo: LTr, 2003.
- \_\_\_\_\_. *Contratos Internacionais do Comércio*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.
- UNIDROIT. <http://www.unidroit.org>.
- VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil*. 3ª ed., Atlas: São Paulo, 2003.