

**CLÁUSULA DE HARDSHIP: A POSSÍVEL SOLUÇÃO PARA ASSEGURAR
RELAÇÕES CONTRATUAIS INTERNACIONAIS EM TEMPOS DE CRISE COMO
A BRASILEIRA**

***HARDSHIP CLAUSE: THE POSSIBLE SOLUTION TO ENSURE INTERNATIONAL
CONTRACTUAL RELATIONS IN TIMES OF CRISIS SUCH AS THE BRAZILIAN ONE***

André Luiz Rigo Costa dos Santos

Resumo: Este artigo trata da análise da Cláusula de Hardship. A citada cláusula é estudada como um instrumento para trazer maior segurança aos contratos internacionais privados em tempos de crise, com enfoque no Brasil. Para isso, destacam-se índices e demonstrativos que apresentam a crise brasileira. Além disso, estuda-se a citada cláusula nos seus requisitos, na visão do Direito Comparado, bem como de forma comparativa a institutos similares. Assim, são expostas as mazelas e os efeitos que a crise estão gerando no país, bem como a utilidade da Cláusula de Hardship para trazer maior segurança às relações contratuais no âmbito internacional. E, assim, por fim se conclui pela efetividade do instrumento para o objetivo que aqui se analisa.

Palavras-chave: Cláusula de Hardship – Direito Internacional Privado – Contratos – Força Maior.

Abstract: *This article analyzes the Hardship Clause. The mentioned clause is considered as an instrument to bring greater security to private international contracts in times of crisis. The clause will be analyzed with a focus on Brazil. In addition, the aforementioned clause is studied in its requirements, in the perspective of the law from other countries, as well as in a comparative way to similar institutes. Beyond that will be also studied the problems and effects that the crisis are generating in the country, as well as the usefulness of the Hardship Clause to bring greater security to the contractual relations in the international scope. Therefore, finally, we conclude on the effectiveness of the instrument for the purpose that it is analyzed in this article.*

Keywords: *Hardship Clause – Private International Law – Contracts – Force Majeure.*

Sumário: **INTRODUÇÃO - 1 BREVE ANÁLISE DE ASPECTOS DA CRISE BRASILEIRA - 2 TEORIA DA IMPREVISÃO E FORÇA MAIOR - 2.1 TEORIA DA IMPREVISÃO - 2.2 CLÁUSULA DE FORÇA MAIOR - 3 CLÁUSULA DE *HARDSHIP* - 3.1 FONTES, REQUISITOS E APLICAÇÃO - 3.2 FORMAÇÃO DA CLÁUSULA DE *HARDSHIP* - 3.3 DIFERENÇA ENTRE *HARDSHIP*, FORÇA MAIOR E TEORIA DA IMPREVISÃO - 3.3.1 Força Maior e Cláusula de *Hardship* - 3.3.2. Teoria da Imprevisão e Cláusula de *Hardship* - 4 CLÁUSULA DE *HARDSHIP* E DIREITO COMPARADO - 4.1 DO DIREITO BRITÂNICO - 4.2 DO DIREITO FRANCÊS - CONCLUSÃO - REFERÊNCIAS.**

INTRODUÇÃO

Nos noticiários se viu por muito tempo a crise econômica mundial. Durante todo esse período houve a manutenção de uma imagem na qual o Estado brasileiro não sofreu qualquer dano com a mesma. Todavia, hoje, em momentos de instabilidade política e econômica tal lógica se vê alterada.

Após uma série de denúncias de escândalos políticos, sobretudo relacionados à Operação Lava Jato, ocasionando forte golpe à maior estatal do Brasil, a Petrobrás, percebe-se que a crise enfim se alastra por vários setores estratégicos da nação.

O Direito busca, sobretudo, a pacificação e segurança das relações jurídicas. Além disso, em regra, tal regramento deve estar submetido à custódia de um Estado, o qual possibilitará aplicação de sanções em prol da pacificação e segurança. Contudo, tal premissa perde parte de seu sentido quando se é aplicado a relações jurídicas internacionais privadas. Como é possível a edição, manutenção, resolução ou alteração de contratos dos quais as partes estão submetidas a regimes jurídicos distintos?

A crise política e econômica traz como uma de suas mazelas as alterações bruscas vividas pelas relações contratuais. Tal percepção se verifica tanto no âmbito interno quanto externo da economia de um Estado; naquele por percepções tais como a inflação; já neste a verificação é alcançada por alterações bruscas das estruturas contratuais tais como a valorização da moeda, instabilidade política, epidemias em plantações e criação de semoventes.

A solução verificável para tais problemáticas são das mais diversas. A renegociação dos contratos prejudicados por tais alterações bruscas que geraram uma onerosidade excessiva a uma das partes é uma possibilidade. Tais soluções encontram seu espaço solidificado no Direito Civil Brasileiro; sobretudo pelo fato do Poder Estatal estar presente para a solução de conflitos.

Contudo, no Direito Internacional Privado se verifica uma lógica diversa. Relações jurídicas são baseadas, sobretudo, na autonomia da vontade das partes; na qual se minimiza a intervenção estatal; sobretudo pela relação de particulares submetidos a regramentos jurídicos distintos; o que dificulta tal controle estatal.

O presente estudo busca analisar a efetividade ou não do Direito Internacional Privado para a garantia da segurança jurídica de contratos internacionais entre particulares em tempos de crise, sobretudo, pela ótica de uma importante ferramenta ao Direito Internacional para a renegociação de contratos; a Cláusula de Hardship. Será que o Direito Internacional Privado, instrumentalizado pela Cláusula de Hardship, possibilita a segurança jurídica em tempos de crise econômica e política como a vivida atualmente pelo Brasil?

1 BREVE ANÁLISE DE ASPECTOS DA CRISE BRASILEIRA

A crise econômica, como o próprio nome diz, traz a recessão econômica consigo; a insegurança por parte de investidores, e, sobretudo, a incerteza que se dá sobre as relações contratuais com Estados que vivem esta situação. Esta é a situação que se vive a economia brasileira. Um cenário cercado por insegurança no mercado, bem como uma forte crise política e de identificação da população com seus representantes.

Para melhor ilustração da crise vivida pelo Brasil se destacam alguns indicadores.

Segundo os dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua – Pnad Contínua¹ – a taxa de desemprego no país no quarto trimestre de 2016 foi de 12%. Já em 2015 e 2014 se alcançou 9% e 6,5%, respectivamente. Isto representa que em relação à população na força de trabalho, ou seja, com idade superior a 14 (catorze) anos com força de trabalho, 12% está desocupada.

O Produto Interno Bruto – PIB – sofreu recessão no ano de 2016, chegando a reduzir 3,6%² em seu 4º Trimestre em relação ao mesmo período em 2015. Além disso, a inflação medida pelo Índice de Preços ao Consumidor Amplo – IPCA - em 2015 alcançou 10,67% no seu acumulado, sendo que em 2013 e 2014 se alcançou um aumento de 5,91% e 6,41%, respectivamente. Contudo, especificamente neste ponto, há uma redução atualmente, chegando ao aumento de 6,29% em 2016³.

Empresas fechando, empregos sendo extintos, investimentos estrangeiros reduzidos e aumento da inflação. Estes bem como outros fatores confirmam o fato da crise econômica que o Brasil vive/viveu nos últimos anos.

Tais efeitos repentinos causam insegurança e, além disso, afetam diretamente as relações contratuais internacionais.

Em suma, o que se retira de todas as ponderações feitas até o momento é o fato de que a crise em si traz consigo um ambiente de incertezas, inseguranças, as quais não devem atingir os contratos internacionais, ou pelo menos não deveriam. Quais as sistemáticas cabíveis para se amenizar tais incertezas no plano internacional?

¹Fonte: IBGE. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/indicadores/trabalhoerendimento/pnad_continua/>. Acesso em: 04 abril 2017.

²Fonte: IBGE. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/indicadores/pib/pib-vol-val_201604_3.shtm>. Acesso em: 04 abril 2017.

³Fonte: IBGE. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/indicadores/precos/inpc_ipca/ipca-inpc_201702_3.shtm>. Acesso em: 04 abril 2017.

2 TEORIA DA IMPREVISÃO E FORÇA MAIOR

Como bem delineado no tópico anterior, percebe-se a gama de fatores e frentes em que a crise atinge um país. Assim sendo, o Direito deve possibilitar algum tipo de resposta para que se possa trazer segurança ao meio jurídico.

Em análise ao cenário internacional, local esse de extrema insegurança para alguns dependendo com quem se negocia, formato, etc., aparecem alguns instrumentos para buscar amenizar a questão, ou seja, almeja-se o retorno ao mínimo de segurança às partes contratadas. Destacam-se a Teoria da Imprevisão e a Cláusula de Força Maior, as quais serão mencionadas neste tópico, bem como a Cláusula de Hardship, objeto central deste artigo, a qual será esmiuçada adiante.

2.1. TEORIA DA IMPREVISÃO

A Teoria da Imprevisão possui previsão expressa no Código Civil Brasileiro em seus artigos 478 e seguintes:

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 excessiva⁴.

A Teoria da Imprevisão possui os seguintes requisitos, segundo Bruna Lyra Duque⁵:

[...]são pressupostos que devem estar presentes no momento da aplicação da teoria da imprevisão: 1) configuração de eventos extraordinários e imprevisíveis; 2) comprovação da onerosidade excessiva que causa a insuportabilidade do cumprimento do acordo para um dos contratantes; 3) que o contrato seja de execução continuada ou de execução diferida.

⁴BRASIL. Lei Nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. **Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 20 maio 2016.

⁵DUQUE, Bruna Lyra. A Revisão dos Contratos e a Teoria da Imprevisão uma releitura do direito contratual à luz do princípio da socialidade. **Panóptica - Direito, Sociedade e Cultura**, [S.l.], v. 2, n. 4, jun. 2007. Disponível em: <http://www.panoptica.org/seer/index.php/op/article/view/Op_2.4_2007_258-277>. Acesso em: 14 maio 2016.

Revista de Direito Internacional e Globalização Econômica. Vol 1, nº 1, jan-jun 2017, p. 136-159. ISSN2526-

Ou seja, retira-se então a existência de três requisitos para sua aplicação, em suma: i) ocorrência de evento extraordinário e imprevisível; ii) comprovação da onerosidade excessiva; iii) contrato seja de execução continuada ou diferida.

Seguindo tal linha, discorre Orlando Gomes⁶:

[...] quando acontecimentos extraordinários determinam radical alteração no estado de fato, contemporâneo à celebração do contrato, acarretando consequências imprevisíveis, das quais decorre excessiva onerosidade no cumprimento da obrigação, o vínculo contratual pode ser resolvido ou, a requerimento do prejudicado, o juiz altera o conteúdo do contrato, restaurando o equilíbrio desfeito.

A citada teoria traz o enfoque na possibilidade de relativização do poder contratual, contudo em situações específicas. Em contratos de relação contínua ou diferida em que verifique a onerosidade excessiva a uma das partes em decorrência de evento extraordinário ou excessivo é possível que uma das partes requeira a busca do equilíbrio contratual mediante renegociação, ou caso não seja possível que ocorra inclusive a extinção da relação.

Destaca-se o fato de que não se trata neste ponto que o contrato se torne impossível de ser cumprido, visto que estaria se discutindo desta forma situações de força maior, o que se adentrará no tópico seguinte. Neste momento, ou seja, quanto à Teoria da Imprevisão, o que se discute é a existência de relação que onere excessivamente uma das partes. “Porque se trata de dificuldade, e não de impossibilidade, decorre importante consequência, qual seja a da necessidade de verificação prévia, que se dispensa nos casos de força maior⁷”.

Em suma, verifica-se na Teoria da Imprevisão a aplicação clara e concreta do princípio *rebus sic stantibus*. Busca-se a relativização de padrões fixos de um contrato, em virtude da manutenção do mesmo; lógica esta seguida pela Cláusula de *Hardship*, da qual se fará as devidas comparações em momento oportuno.

2.2 CLÁUSULA DE FORÇA MAIOR

Após as considerações realizadas nos tópicos anteriores, chega-se à Cláusula de Força Maior, a qual, de plano já se afirma ser diferente do objeto que aqui se discute, ou seja, a Cláusula de *Hardship*, o que será debatido mais à frente.

A Cláusula de Força Maior, assim como a de *Hardship*, são cláusulas excludentes de responsabilidade. Os requisitos para se verificar a ocorrência de uma situação de aplicação da

⁶ GOMES, Orlando. **Contratos**. 26 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p.42.

⁷ GOMES, Orlando. **Contratos**. 26 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p.41.

citada cláusula variam entre doutrinadores, destaca-se colocação de José Cretella Neto sobre a caracterização do evento de força maior:

São impossíveis de prever à época do contrato;
 Não são causadas pelas partes, ou seja, lhes são exteriores;
 Independem da vontade das partes, isto é, estas não tem qualquer influência sobre esses eventos ou circunstâncias;
 São incontroláveis pelas partes (*beyond the control of the parties* ou *beyond the reasonable control of the parties*, ou ainda, *outside the control of the parties*);
 São inevitáveis;
 São extraordinários, excepcionais;
 Tornam a execução do contrato impossível ou o retardam exageradamente⁸.

Já Luiz Olavo Baptista⁹ apresenta a colocação em três requisitos para caracterizar a força maior: “a imprevisibilidade, a inevitabilidade e a exterioridade em relação à vontade das partes, de que resulta a impossibilidade de ser cumprida a obrigação”.

Em suma, retiram-se dos trechos destacados de que não há uma homogeneidade para se constatar a ocorrência da situação de força maior. Contudo, para este artigo, tomar-se-á a linha de raciocínio da forma como destacada por Luiz Olavo Baptista, ou seja, dos três requisitos, o que pode haver uma omissão ou outra de determinado entendimento ou legislação.

Vale destaque às previsões internacionais para se delimitar a matéria pertinente à Cláusula de Força Maior, inicialmente quanto ao artigo 7.1.7. dos Princípios do UNIDROIT de 2010.

Inicialmente vale menção ao instituto. O UNIDROIT é um instituto internacional que possui como objetivo a harmonização do direito internacional privado, para que assim se possa uniformizar o mesmo em âmbito internacional. Como apontado anteriormente, destaca-se o artigo. 7.1.7 dos Princípios do UNIDROIT sobre a temática da Cláusula de Força Maior:

(ARTIGO 7.1.7)

(Força maior)

(1) A parte inadimplente isenta-se de responsabilidade se provar que o inadimplemento foi causado por um obstáculo que escapa ao seu controle e que não poderia, razoavelmente, tê-lo levado em conta ao tempo da formação do contrato, ou ter-lhe evitado ou superado as consequências.

(2) Quando o impedimento é apenas temporário, a isenção produz efeitos pelo prazo que for razoável, tendo em vista os efeitos do obstáculo sobre a execução do contrato.

(3) A parte inadimplente deve notificar a outra parte do obstáculo e de seus efeitos sobre sua aptidão para adimplir. Se a notificação não for recebida pela outra parte em prazo razoável, contado a partir do momento em que a parte inadimplente sabia ou deveria ter sabido do obstáculo, essa responderá pelas perdas e danos resultantes da falta do recebimento.

⁸ CRETELLA NETO, José. **Contratos Internacionais**: Cláusulas Típicas. Campinas: Millennium, 2011. p. 533.

⁹ BAPTISTA, Luiz Olavo. **Contratos Internacionais**. São Paulo: Lex, 2011. p.231.

Revista de Direito Internacional e Globalização Econômica. Vol 1, nº 1, jan-jun 2017, p. 136-159. ISSN2526-

(4) As disposições deste artigo não impedem que as partes exerçam o direito de extinguir o contrato ou suspender seu adimplemento ou, ainda, reclamar juros sobre o valor devido¹⁰.

Além do documento internacional destacado anteriormente, também é possível se destacar o Artigo 79 da Convenção de Viena de 1980, a qual foi promulgada no Brasil pelo Decreto N.º 8.327 de 2014:

Artigo 79

(1) Nenhuma das partes será responsável pelo inadimplemento de qualquer de suas obrigações se provar que tal inadimplemento foi devido a motivo alheio à sua vontade, que não era razoável esperar fosse levado em consideração no momento da conclusão do contrato, ou que fosse evitado ou superado, ou ainda, que fossem evitadas ou superadas suas consequências.

(2) Se o inadimplemento de uma das partes for devido à falta de cumprimento de terceiro por ela incumbido da execução total ou parcial do contrato, esta parte somente ficará exonerada de sua responsabilidade se:

(a) estiver exonerada do disposto no parágrafo anterior; e

(b) o terceiro incumbido da execução também estivesse exonerado, caso lhe fossem aplicadas as disposições daquele parágrafo.

(3) A exclusão prevista neste artigo produzirá efeito enquanto durar o impedimento.

(4) A parte que não tiver cumprido suas obrigações deve comunicar à outra parte o impedimento, bem como seus efeitos sobre sua capacidade de cumpri-las. Se a outra parte não receber a comunicação dentro de prazo razoável após o momento em que a parte que deixou de cumprir suas obrigações tiver ou devesse ter tomado conhecimento do impedimento, esta será responsável pelas perdas e danos decorrentes da falta de comunicação.

(5) As disposições deste artigo não impedem as partes de exercer qualquer outro direito além da indenização por perdas e danos nos termos desta Convenção¹¹.

Conclui-se, portanto a necessidade de três requisitos chaves para a consagração da situação de Força Maior: a imprevisibilidade, a inevitabilidade e a exterioridade em relação à vontade das partes, de que resulta a impossibilidade de ser cumprida a obrigação.

Na construção da cláusula deve se elencar as hipóteses de aplicabilidade da mesma, as quais José Cretella Neto aponta uma série de fatos divididos em quatro grupos: Catástrofes Naturais, Conflitos armados nacionais ou internacionais, Conflitos Trabalhistas e Fato do Príncipe. Destacam-se:

Catástrofes naturais – são as mais frequentemente mencionadas, como tremores de terra, tufões, tempestades, aluviões, incêndios, inundações, seca, elo, forças da natureza, perigos da navegação, epidemias, deslizamentos de terra, raios, tempestades, tsunamis (*tidal waves*), congelamento de linha. A

¹⁰ UNIDROIT. **Princípios Unidroit Relativos aos Contratos Comerciais Internacionais 2010**. Tradução: Lauro Gama Jr. Disponível em: <<http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/translations/blackletter2010-portuguese.pdf>>. Acesso em: 26 mar. 2016.

¹¹ BRASIL. Decreto nº 8.327, de 16 de outubro de 2014. **Promulgação do Tratado de Viena**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Decreto/D8327.htm>. Acesso em 26 mar. 2016. Revista de Direito Internacional e Globalização Econômica. Vol 1, nº 1, jan-jun 2017, p. 136-159. ISSN2526-6284

expressão inglesa *acts of God* é bastante utilizada para englobar a maior parte desses fenômenos naturais. Nos contratos celebrados com países socialistas, era muitas vezes substituída por *acts of elements*.

Conflitos armados nacionais ou internacionais – as expressões são inúmeras e variadas: guerra, preparação para a guerra, guerra civil, operações militares, atos de guerra, revoluções, rebeliões, insurreições, beligerância, mobilizações populares, demonstrações populares, comoção civil, bloqueio militar, invasão, atos de inimigos externos, usurpação violenta de poderes, desordem, ruptura da ordem pública.

Conflitos trabalhistas – greves, “operação-tartaruga”, *lock-out*, litígios no local de trabalho, disputas com sindicatos.

Fato do Príncipe – conjunto de dificuldades ou obstáculos à execução das obrigações contidas no contrato, resultantes de intervenção do Poder Público, em geral da seguinte natureza: proibição à exportação ou à importação; impossibilidade de obtenção de todas as permissões, licenças ou autorizações dos órgãos públicos; vedação à transferência de divisas para outros países; cortes no fornecimento de energia ou de água. A referência geral é representada pela expressão *acts of Government* ou *acts of governmental authority*¹².

Tais colocações destacadas no trecho anterior demonstram uma série de questões que podem ser abordadas na cláusula de Força Maior. Como já delineado, tratam-se de eventos que impossibilitem a uma das partes a prestação obrigacional; o que claramente se verifica em alguns dos exemplos citados anteriormente, tais como: furacões, guerras, proibições governamentais, entre outras.

Contudo, não necessariamente a cláusula deve versar sobre todos os elementos que a mesma abarcará. É possível se realizar uma conceituação genérica e se deixar a cargo de um árbitro ou juiz para que verifique o encaixe ou não do evento ao conceito estipulado.

Após a definição ou estipulação das formas de se delimitar o evento de força maior devem ser estabelecidos os passos a serem seguidos pelas partes, tais como:

[...] notificação do evento danoso, a forma da prova de sua ocorrência, a sanção, a exoneração da responsabilidade do devedor, a suspensão da execução do contrato ou a extensão de seu termo, a responsabilidade pelas despesas, a obrigação de tentar contornar os efeitos da força maior, seu término e os casos em que caberá rescisão ou renegociação¹³.

A notificação deve ser realizada no período mais rápido possível, devendo estar estabelecido na cláusula o prazo para sua alegação, bem como termo inicial a ser adotado, exemplo: como a da data do evento ou do conhecimento do mesmo. Além disso, o meio que tal notificação será realizada.

“Exige-se quase sempre que a notificação vá acompanhada da prova do fato de força maior. A forma dessa prova deve ser [...] estabelecida na cláusula regulamentar. O uso corrente

¹² CRETELLA NETO, José. **Contratos Internacionais**: Cláusulas Típicas. Campinas: Millennium, 2011. p. 537-538.

¹³ BAPTISTA, Luiz Olavo. **Contratos Internacionais**. São Paulo: Lex, 2011, p. 234.

Revista de Direito Internacional e Globalização Econômica. Vol 1, nº 1, jan-jun 2017, p. 136-159. ISSN2526-6284

é a de certidões de autoridades competentes¹⁴”. Tais estipulações devem estar expressamente previstas no contrato. A prova neste momento, preferencialmente, deve estar inundada por entidades confiáveis que comprovem tal evento. A notificação o quanto antes ser realizada evitará maiores danos à relação contratual, podendo dar a possibilidade de que as partes contornem a mesma. Por isso se colocam tais ponderações para que se agilize a constatação e comprovação do evento.

Após a notificação, as partes verificarão se de fato o evento é algo passageiro e que possibilite a suspensão do contrato, ou caso se trate de situação de rescisão do mesmo. Como já dito, a cláusula de força maior versa sobre situações irresistíveis, caso contrário, não há que se falar na utilização da mesma, e sim de outras modalidades.

Por fim, “da mesma forma que existe obrigação de notificar a ocorrência da força maior, também é necessário prever a obrigação de notificar o final da força maior, ou seja, do desaparecimento dos efeitos da ocorrência do risco¹⁵”. Tal dever se dá pela clara lógica de que tal suspensão do contrato, caso se verifique um evento passageiro não pode se estender *ad eternum*. Tanto é que, caso se verifique o transcorrer de longo prazo após a notificação do evento de força maior e não consiga se minimizar ou eliminar o evento, chegam-se as soluções: “a) renegociar o contrato; b) remeter o contrato a árbitros, que estabeleçam por equidade, suas novas condições; ou c) rescindir o contrato¹⁶”.

Após extenso discorrimento sobre a Cláusula de Força Maior, para a consagração do abordado até o momento, destaca-se exemplo de uma cláusula de força maior na qual se busca abranger grande número de eventos:

If either Party is hindered or prevented from performing any of its obligations under this Contract by reason of strikes or other industrial action, floods, fire, riot, civil war or commotion, bad weather or acts of God, central or local legislation, decrees or orders, trade embargoes or boycotts by central government or others, shortage of transport to or from the place of delivery or port of shipment, inability to obtain warehouse space or other storage facilities at the place of delivery of shipment or elsewhere, non-performance by any manufacturer or other supplier of any contract with either Party due to any of the aforesaid causes or to any other causes or contingency whatsoever outside the reasonable control of either Party (whether or not at the port of shipment, place of delivery or manufacture or elsewhere) which prevents, restricts or interferes with the manufacture, procurement, delivery of any of the goods, then in any such case either Party may give written notice of any cause or contingency to the other Party (and, in the case of the buyer, shall give such notice, in advance of actual shipment) and the delivery period shall be extended for a period of time equivalent to the extent of such hindrance or prevention. Should either Party claim the delivery period be extended under

¹⁴ BAPTISTA, Luiz Olavo. **Contratos Internacionais**. São Paulo: Lex, 2011, p. 235.

¹⁵ CRETELLA NETO, José. **Contratos Internacionais: Cláusulas Típicas**. Campinas: Millennium, 2011. p. 542.

¹⁶ *Ibid.*

Revista de Direito Internacional e Globalização Econômica. Vol 1, nº 1, jan-jun 2017, p. 136-159. ISSN2526-

this clause for more than 120 days, than the other Party shall be entitled at any time to cancel the contract¹⁷¹⁸.

Na cláusula apresentada é possível se verificar: a) a estipulação dos eventos de força maior; b) a obrigação de notificação; e c) o prazo limite para perpetuação da relação contratual enquanto se verificar a ocorrência do evento de força maior. Faz-se crítica em relação a não estipulação dos meios comprobatórios para a verificação do evento danoso, o que já foi possível demonstrar ser de extrema importância.

Após extensiva delimitação e passos da formação da Cláusula de Força Maior, bem como a Teoria da Imprevisão, torna-se possível a análise do objeto principal que se busca discutir, a Cláusula de *Hardship*.

3 CLÁUSULA DE *HARDSHIP*

3.1 FONTES, REQUISITOS E APLICAÇÃO

Inicialmente, vale destaque à conceituação realizada por Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald¹⁹ acerca da Cláusula de *Hardship*:

A cláusula de *hardship* encontra assento no direito contratual internacional. Durante a execução do contrato, circunstâncias econômicas, políticas ou sociais podem alterar de maneira fundamental o equilíbrio econômico do contrato. Dependendo da extensão dos efeitos de tal evento, os contratantes poderiam ver-se impossibilitados de executar as suas obrigações nos moldes avençados. Nestes casos, a cega obediência ao princípio da força obrigatória do contrato conduziria a objetivo contrário à proteção do interesse dos contratantes envolvido em decorrência de alteração fundamental das circunstâncias contratuais.

¹⁷ GARCEZ, José Maria Rossani *apud* CRETELLA NETO, José. **Contratos Internacionais: Cláusulas Típicas**. Campinas: Millennium, 2011. p. 535 - 536.

¹⁸ "Se uma das Partes for impedida de cumprir qualquer de suas obrigações derivadas deste Contrato em razão de greves ou outra ação industrial, inundações, fogo, revolta, guerra civil ou comoção, mau tempo ou atos de Deus, legislação central ou local, decretos ou ordens embargos ao comércio ou boicotes pelo governo central ou por outros, falta de transporte para ou a partir do local de entrega ou porto de embarque, impossibilidade de obter espaço em armazéns ou em outras instalações de armazenamento no local de entrega ou de embarque ou qualquer outro lugar, não-cumprimento por parte de qualquer fabricante ou outro fornecedor de qualquer contrato com qualquer das Partes devido a qualquer das causas anteriormente mencionadas ou a quaisquer outras causas ou situações além do razoável controle das Partes (ocorrendo ou não no porto de embarque, local de entrega ou de fabricação ou em qualquer outro lugar) que impeça, restrinja ou interfira com a a fabricação, a aquisição ou a entrega de quaisquer mercadorias, a outra Parte poderá informá-la por escrito à outra Parte (e, no caso do comprador, deverá informar antes do efetivo embarque) e o período de entrega deverá ser estendido por um período de tempo equivalente ao período em que perdurar tal impedimento ou dificuldade. Se qualquer das Partes solicitar que o período de entrega seja adiado, com base nesta cláusula, por mais de 120 dias, a outra Parte terá o direito de, a qualquer tempo, cancelar o contrato". (Ibid., Tradução por José Cretella Neto).

¹⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Direito dos Contratos**. Vol. 4. 4 ed. Salvador: Juspodivm, 2014. p.240.

Revista de Direito Internacional e Globalização Econômica. Vol 1, nº 1, jan-jun 2017, p. 136-159. ISSN2526-

[...] Os princípios relativos aos contratos internacionais de comércio *Unidroit* (*Institut International pour l'Unification du Droit Privé*) facultam às partes a inclusão da cláusula de *hardship*, estabelecendo dever de readequação contratual para fatos supervenientes que alterem substancialmente as circunstâncias, gerando desequilíbrio do conteúdo econômico do contrato.

Em apertada síntese do trecho citado, retira-se que a cláusula de *hardship* se caracteriza pela convenção entre as partes de cláusulas expressas que excepcionem o cumprimento do contrato em situações pré-definidas. Ou seja, trata-se de uma mitigação do *pacta sunt servanda*. Seguir-se-á uma melhor delimitação e análise das fontes, requisitos e aplicações deste instrumento que é a cláusula de *hardship*.

Além do conceito anteriormente delineado, destaca-se conceituação realizada pelo doutrinador francês Bruno Oppetit²⁰:

Aquela nos termos da qual as partes poderão solicitar um rearranjo do contrato que as liga se ocorrer uma mudança nos dados iniciais com vistas aos quais elas se tinham obrigado que modifique o equilíbrio contratual ao ponto de fazer com que umas delas sofra um endurecimento injusto.

A Cláusula de Hardship possui previsão normativa que dá base à mesma, tratam-se dos artigos 6.2.1. ao 6.2.3. da UNIDROIT. Veja-se o artigo 6.2.2:

There is hardship where the occurrence of events fundamentally alters the equilibrium of the contract either because the cost of a party's performance has increased or because the value of the performance a party receives has diminished, and

- (a) the events occur or become known to the disadvantaged party after the conclusion of the contract;
- (b) the events could not reasonably have been taken into account by the disadvantaged party at the time of the conclusion of the contract;
- (c) the events are beyond the control of the disadvantaged party; and
- (d) the risk of the events was not assumed by the disadvantaged party.²¹

Vale destacar que não necessariamente a cláusula deve se restringir aos parâmetros por aqui elencados. Como já dito anteriormente, trata-se de uma clara manifestação da autonomia vontade dos contratantes, na qual ambos terão a possibilidade de estabelecer as diretrizes que melhor satisfaçam e auxiliem a manutenção da relação contratual. A título de melhor norteamento e consonância com a tendência no Direito Internacional, utilizar-se-á o artigo

²⁰ OPPETIT, Bruno, *apud* BAPTISTA, Luiz Olavo. **Contratos Internacionais**. São Paulo: Lex, 2011. p. 241 - 242.

²¹ Tradução Livre:

6.2.2. Há hardship quando surgem acontecimentos que alteram fundamentalmente os equilíbrio das prestações quer por aumento do custo de cumprimento das obrigações quer por diminuição do valor da contraprestação, e:

- a) que tais eventos tenham ocorrido ou chegado ao conhecimento da parte lesada após a celebração do contrato;
- b) que a parte lesada não tenha podido, à época da celebração do contrato, razoavelmente levar em consideração tais eventos;
- c) que tais eventos escapem ao controle da parte lesada; e
- d) que o risco da ocorrência de tais eventos não tenha sido assumido pela parte lesada.

citado acima como parâmetro. Assim sendo, os requisitos para a construção de uma cláusula de *hardship*, são: a) alteração fundamental das condições econômicas; b) superveniência do evento; e c) imprevisibilidade do evento.

Vale destacar de que no âmbito do Direito Internacional a Autonomia da Vontade impera. Portanto, não necessariamente tais requisitos ou orientações devem ser seguidos, ou sequer deve haver a cláusula de *hardship* em um contrato. Contudo, tais posições denotam a vertente e caminho coincidente que se segue para a constatação e definição da cláusula de *hardship*. Segue definição do doutrinador Frederico Glitz²² sobre o termo *hardship*:

O termo *hardship* significa na prática contratual internacional a alteração de fatores políticos, econômicos, financeiros, legais ou tecnológicos que causam algum tipo de dano econômico aos contratantes. Tais eventos têm, em comum, a possibilidade de poder alterar fundamentalmente as condições econômicas em que se desenvolvem os contratos. Esses efeitos são, especialmente, danosos naqueles contratos de longa duração, prejudicando lhes o equilíbrio das prestações e, mesmo, o próprio adimplemento das prestações recíprocas.

Tal entendimento destacado segue exatamente a lógica apontada durante esta exposição. A dificuldade que o evento causa a uma das partes que onere excessivamente a mesma.

Outra fonte que se pode destacar para melhor elucidação do que se trata a Cláusula de *Hardship* é a definição trazida pela International Chamber of Commerce – ICC, a Câmara Internacional de Comércio:

ICC HARDSHIP CLAUSE 2003

[1]

A party to a contract is bound to perform its contractual duties even if events have rendered performance more onerous than could reasonably have been anticipated at the time of the conclusion of the contract.

[2]

Notwithstanding paragraph 1 of this Clause, where a party to a contract proves that:

[a] the continued performance of its contractual duties has become excessively onerous due to an event beyond its reasonable control which it could not reasonably have been expected to have taken into account at the time of the conclusion of the contract; and that

[b] it could not reasonably have avoided or overcome the event or its consequences, the parties are bound, within a reasonable time of the invocation of this Clause, to negotiate alternative contractual terms which reasonably allow for the consequences of the event.

[3]

Where paragraph 2 of this Clause applies, but where alternative contractual terms which reasonably allow for the consequences of the event are not agreed

²² GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin. **Contrato e sua Conservação: Lesão e Cláusula de Hardship**, 1 ed. Curitiba: Juruá, 2012. p.175.

by the other party to the contract as provided in that paragraph, the party invoking this Clause is entitled to termination of the contract²³²⁴.

Há uma tendência em convergência para os requisitos da cláusula de *hardship*, sendo verificável tal afirmação pelas diversas fontes aqui apontadas, como, por exemplo, a destacada acima pela ICC. Contudo, apesar das fontes apontadas e toda a base doutrinária, não se pode negar e relembrar que tal cláusula nada mais é do que fruto da autonomia da vontade das partes.

Portanto, apesar de todos os conceitos e termos adotados, pode haver diferenças que alterem em parte o que foi aqui exposto. Por óbvio que alterações fundamentais iriam desvirtuar a própria natureza da cláusula, transformando-a em outra diversa como a de força maior, ou até mesmo algo anômalo. Destaca-se trecho de Frederico Glitz:

A cláusula de *hardship* permitira que os contratantes estabelecessem quais seriam os eventos que caracterizariam sua incidência, podendo, inclusive, excluir expressamente alguns. Permitira, ainda, estabelecer-se detalhadamente a constatação do evento e os procedimentos para a revisão. Os critérios da imprevisibilidade e da inevitabilidade poderiam ser acrescidos ou diminuídos. Enfim, este tipo de cláusula permitiria a grande margem de atuação das partes visando-se à manutenção do vínculo contratual²⁵.

Enfim, o que se vale frisar é a importância da autonomia da vontade das partes para a construção desta cláusula. Sendo este o tópico que se adentra.

²³ INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE. **ICC Force Majeure Clause 2003. ICC Hardship Clause 2003.** Disponível em: <http://www.derecho.uba.ar/internacionales/competencia_arbitraje_iic_force_majeure_and_hardship_clauses_2003.pdf>. Acesso em: 19 maio 2016.

²⁴ Tradução Livre:

[1]

A parte no contrato, é obrigada a cumprir as suas obrigações contratuais, mesmo se os acontecimentos tornaram o cumprimento das mesmas mais onerosas do que poderia ter sido razoavelmente previsto no momento da celebração do contrato.

[2]

Não obstante o parágrafo 1 do presente Artigo, onde uma parte de um contrato prova que:

[a] o desempenho contínuo dos seus deveres contratuais tornou-se excessivamente oneroso devido a um evento fora de seu controle razoável, que não poderia ter sido razoavelmente esperado para ter tido em conta no momento da celebração do contrato; e essa

[b] não poderia razoavelmente ter evitado ou ultrapassado o evento ou as suas consequências, as partes são obrigadas, dentro de um prazo razoável a invocação desta Cláusula, para negociar os termos contratuais alternativos que levem em conta as consequências do evento.

[3]

Onde o parágrafo 2 da presente cláusula aplica-se, mas as cláusulas contratuais alternativas que levam em conta as consequências do evento não são acordadas pela outra parte no contrato, conforme previsto neste parágrafo, a parte que invocar esta cláusula tem o direito de rescisão do contrato.

²⁵ GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin. **Contrato e sua Conservação: Lesão e Cláusula de Hardship**, 1 ed. Curitiba: Juruá, 2012. p.167.

3.2. FORMAÇÃO DA CLÁUSULA DE *HARDSHIP*

A formação da cláusula deve buscar a definição de dois elementos: a definição do que constitui um evento de *hardship* e o método por meio do qual será realizada a adaptação do contrato.

A cláusula possui como escopo fundamental a renegociação do contrato em decorrência dos requisitos já delineados anteriormente, quais sejam: a) alteração fundamental das condições econômicas; b) superveniência do evento; e c) imprevisibilidade do evento.

Todavia, caso não venha a ocorrer tal renegociação, aí sim, se torna justificável a extinção da relação contratual. A ideia central da cláusula é a manutenção do vínculo, e não só, mas também buscar maior segurança às partes. “Haveria uma dupla finalidade nessa cláusula: evitar dissolução do contrato (negativa) e renegociação das cláusulas (positiva)²⁶”.

Inegável que a relação capitalista, sobretudo a atividade empresarial por sua essência permeia constantemente o risco em prol do lucro. Todavia, nada impede que tal caminho possa transcorrer de maneira mais segura entre as partes.

Como destacado, deve se definir dois elementos centrais para a formação da cláusula. Sendo um destes a definição do evento de *hardship* em conformidade com os três requisitos: a) alteração fundamental das condições econômicas; b) superveniência do evento; e c) imprevisibilidade do evento.

Após a utilização dos três requisitos se chegará à definição do que seria o evento de *hardship*. Assim, chega-se à segunda etapa da cláusula, qual seja: a definição do método por meio do qual será realizada a adaptação do contrato.

Os Princípios do UNIDROIT em seu art. 6.2.3 estipulam os efeitos da cláusula de *Hardship*. Veja-se:

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

²⁶ GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin. **Contrato e sua Conservação: Lesão e Cláusula de Hardship**, 1 ed. Curitiba: Juruá, 2012. p. 167.

(b) adaptar o contrato com vistas a restabelecer-lhe o equilíbrio²⁷.

O artigo demonstra o caminho a ser definido no caso de ocorrer uma situação de *hardship*. Inicialmente a parte que alega a desvantagem deve requerer a renegociação do contrato em razão da situação ocorrida. Caso não seja frutífera esta renegociação, ai sim se deve utilizar terceiros para atuar no conflito.

O artigo 6.2.3. dos Princípios da UNIDROIT faz menção ao Tribunal para solucionar o conflito, para assim extinguir o contrato ou adaptar o mesmo para que o equilíbrio retorne. Trata-se não somente de um órgão jurisdicional estatal como nossos Tribunais, mas também de Câmaras Arbitrais. Todavia, como bem destaca o artigo, refere-se a uma faculdade em se utilizar essa intervenção exterior. Nada impede que haja a resolução do contrato pelo fato do insucesso das renegociações.

A autonomia da vontade reina nesta cláusula. Assim sendo, pode se estipular um tempo para que possa se alegar a situação de *hardship*. Pode se estipular o período máximo para tentativas de solução mediante a renegociação. Pode se estipular uma cláusula arbitral, já se estabelecendo quem solucionará possíveis conflitos. Ou ainda, até se estipular qual a jurisdição que será aplicada.

As possibilidades são das mais diversas. Todavia, não se retira o esqueleto do instrumento que é a cláusula de *hardship*, qual seja: estipulação da situação de *hardship*; tentativa de renegociação, resolução do contrato e/ou utilização da intervenção de terceiros para solução da lide.

A cláusula busca maior segurança a um terreno tão incerto quanto o comércio internacional. Refere-se a um instrumento que tem como seu escopo primordial a manutenção da relação contratual. Após o exposto, torna-se inegável a importância de tal cláusula para o comércio internacional, e de importante instrumento para situações de crise como as vividas hoje no país.

Não se trata da panacea para o cenário econômico e político caótico que passa o Estado brasileiro. Mas com total certeza é possível se afirmar que é uma ferramenta a mais para maior segurança nas relações contratuais internacionais.

²⁷ UNIDROIT. **Princípios Unidroit Relativos aos Contratos Comerciais Internacionais 2010**. Tradução: Lauro Gama Jr. Disponível em: <<http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/translations/blackletter2010-portuguese.pdf>>. Acesso em: 26 mar. 2016.

3.3 DIFERENÇA ENTRE HARDSHIP, FORÇA MAIOR E TEORIA DA IMPREVISÃO

Após a definição da cláusula de *hardship* algumas dúvidas surgem em relação a outros institutos similares, tais como a Força Maior e a Teoria da Imprevisão. Imprescindível a distinção entre estes, para que assim se possa delinear de forma clara a cláusula de *hardship*, e suas implicações e aplicações distintas em comparação às demais citadas:

3.3.1 Força Maior e Cláusula de *Hardship*

Inicialmente deve se realizar a comparação entre a cláusula de *hardship* e a Força Maior. A Força Maior se caracteriza, sobretudo, pela onerosidade excessiva a uma das partes, de tal maneira que torne impossível sua continuidade, por consequência, seria uma possibilidade, teoricamente, de extinção da relação contratual. Veja-se posicionamento do doutrinador Frederico Glitz²⁸:

Dependendo da extensão dos efeitos de tal evento, os contratantes poderiam ver-se impossibilitados de executar suas obrigações nos moldes avençados. Se reconhecida a impossibilidade de execução da obrigação, estar-se-á diante de hipótese de força maior ou *frustration*, dependendo do sistema jurídico envolvido, que teria por consequência a desoneração do devedor e a extinção do contrato.

Como no citado trecho, é visível a distinção entre a força maior e cláusula de *hardship*. Apesar da tênue diferença, pode se argumentar no seguinte sentido pela distinção entre ambas: a cláusula de *hardship* versa sobre situações excepcionais, que fujam dos poderes das partes de se evitar, onerando excessivamente uma das partes, já a força maior se trata da situação em que torne insuportável a uma das partes a continuação da obrigação. Vejamos trecho do doutrinador Pierre Yves Gautier, o qual segue a mesma lógica delineada:

A distinção entre as duas situações seria o fato de que o contratante, na hipótese de *hardship*, não estaria impedido de cumprir a obrigação, mas, se o fizesse, estaria assumindo prejuízo exacerbado. Admitir a execução do contrato dessa forma desequilibrado não só seria injusto como atentaria contra a justiça e contra a própria vontade das partes²⁹.

²⁸ GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin. **Contrato e sua Conservação: Lesão e Cláusula de Hardship**, 1 ed. Curitiba: Juruá, 2012. p. 155.

²⁹ GAUTIER, Pierre Yves *apud* GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin. **Contrato e sua Conservação: Lesão e Cláusula de Hardship**, 1 ed. Curitiba: Juruá, 2012. p. 160.

Por conseguinte, verificável de tal maneira distinção clara entre a cláusula de *hardship* e a Força Maior. Anota-se mais uma base doutrinária a qual coaduna com o exposto até o momento, feitas por José Cretella Neto³⁰ e Luiz Olavo Baptista³¹ respectivamente:

Não basta que ocorram eventos imprevisíveis para que as cláusulas de força maior e de *hardship* entrem em ação. É necessário que causem desequilíbrio contratual de tal ordem que impeçam a execução das obrigações (força maior), temporária ou permanentemente, ou que tornem a execução do contrato excessivamente onerosa para uma das partes (*hardship*). Assim, por exemplo, pode eclodir uma insurreição militar, ser praticado um ato terrorista, ou elevar-se desproporcionalmente o preço de determinada matéria-prima sem que o contrato deixe de ser executado, mas, em regra, em diferente patamar de equilíbrio econômico.

O conceito de cláusula de *hardship*, que alguns traduzem por cláusula de adaptação, assemelha-se à cláusula de força maior no tocante à imprevisibilidade e à inevitabilidade do evento. Dela se distancia porque o evento gerador do *hardship*, ou “endurecimento das condições”, apenas torna mais onerosa a execução econômica do contrato, rompendo, significativamente, em detrimento de uma das partes, o equilíbrio inicial.

Tanto a Cláusula de Força Maior quanto a Cláusula de *Hardship* são importantes instrumentos para a segurança jurídica nos contratos internacionais. O cerne diferencial entre ambas está voltado exatamente quanto ao evento causador do desequilíbrio contratual. O evento de força maior caracteriza por sua própria natureza a impossibilidade de manutenção da relação contratual para uma das partes; já o de *hardship* se caracteriza pela onerosidade excessiva, mas não ao ponto de se tornar impossível a prestação contratual.

As diferenciações realizadas aqui não se referem a um comparativo para se analisar qual a mais eficiente no Direito contratual internacional. Trata-se exclusivamente de delinear os instrumentos, para melhor compreensão de ambos, sobretudo, a Cláusula de *Hardship*.

3.3.2. Teoria da Imprevisão e Cláusula de *Hardship*

A Teoria da Imprevisão possui previsão expressa no Código Civil Brasileiro em seus artigos 478 e seguintes, como já destacado em exposição anterior. Retira-se então a existência de três requisitos para sua aplicação, em suma: i) ocorrência de evento extraordinário e imprevisível; ii) comprovação da onerosidade excessiva; iii) contrato seja de execução continuada ou diferida.

³⁰ CRETELLA NETO, José. **Contratos Internacionais**: Cláusulas Típicas. Campinas: Millennium, 2011. p. 522 - 523.

³¹ BAPTISTA, Luiz Olavo. **Contratos Internacionais**. São Paulo: Lex Editora, 2011. p. 239 - 240. Revista de Direito Internacional e Globalização Econômica. Vol 1, nº 1, jan-jun 2017, p. 136-159. ISSN2526-6284

Num primeiro olhar é possível se questionar inclusive pela própria semelhança com a Força Maior, além da cláusula de *hardship*. Todavia, Bruna Lyra Duque esclarece tal dúvida em relação à Força Maior. Veja-se:

Precisamos compreender também que muitos autores confundem a teoria da imprevisão com a ocorrência da força maior e do caso fortuito. A força maior e o caso fortuito referem-se ao fato de que a prestação ajustada no negócio jurídico não poderá ser cumprida e o devedor não responderá pelos prejuízos daí resultante, por se tratar de uma hipótese de excludente de responsabilidade (artigo 393). Por outro lado, para os casos do artigo 317 aí sim aplicamos a teoria da imprevisão, nos acordos exequíveis a médio ou longo prazo, se uma das partes ficar em nítida desvantagem econômica³².

A teoria da imprevisão versa sobre a possibilidade de revisão contratual; já a força maior dispõe sobre a possibilidade de extinção do contrato. A Teoria da Imprevisão trata de situações que tornaram insuportáveis a uma das partes a relação contratual, cabendo assim a renegociação dos termos para que busque melhor equilíbrio, já a força maior versa sobre situações em que não se é mais possível a manutenção da relação.

Cria-se assim então uma maior problematização, qual seria então a diferença entre a Teoria da Imprevisão e a Cláusula de *Hardship*? Para introduzir à distinção segue trecho do doutrinador Frederico Glitz³³:

A cláusula de *hardship* permitiria que os contratantes estabelecessem quais seriam os eventos que caracterizariam sua incidência, podendo inclusive, excluir expressamente alguns. Permitiria, ainda, estabelecer-se detalhadamente a constatação do evento e os procedimentos para a revisão. Os critérios da imprevisibilidade e da inevitabilidade poderiam ser acrescidos ou diminuídos. Enfim, este tipo de cláusula permitiria grande margem de atuação das partes visando-se à manutenção do vínculo contratual.

Em suma, a cláusula de *hardship* é de fato uma cláusula. É a clara manifestação de vontade entre as partes, na qual serão convencionadas as possibilidades de revisão contratual. E não só isso; suas possíveis soluções, como por exemplo, o direcionamento a uma arbitragem, ou seja, em contato assim com a Cláusula de Arbitragem, ou definindo a lei de qual Estado será aplicada àquele caso ou o órgão julgador.

Enfim, o que se pode afirmar é o óbvio, a cláusula de *hardship*, é uma cláusula. Sua função é de extrema importância, exatamente pelas inseguranças do âmbito internacional. A Teoria da Imprevisão dá uma enorme abertura subjetiva à resolução de possíveis conflitos, sem qualquer tipo de limitação mais clara. A cláusula de *hardship* restringe tais possibilidades,

³² DUQUE, Bruna Lyra. A Revisão Contratual no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor. **Âmbito Jurídico**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2216>. Acesso em: 14 nov. 2015.

³³ GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin. **Contrato e sua Conservação: Lesão e Cláusula de Hardship**, 1 ed. Curitiba: Juruá, 2012. p.167.

dando maior segurança aos contratantes, e ainda assim permitindo sua manutenção mediante a revisão. Orlando Gomes se manifesta no seguinte sentido:

[...] é 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, no vezo condenável de ‘transferir mecanicamente os institutos do armário civilístico clássico aos novos contratos comerciais’. Trata-se de nova técnica para encontrar uma adequada reação à superveniência 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, poderíamos levar a resolução do contrato³⁴.

A posição aludida acima pelo doutrinador denota crítica àqueles que compreendem pela semelhança entre os institutos, compreensão esta também seguida por Frederico Glitz, o qual compreende que: “A cláusula de *hardship* parece se afastar da noção da teoria da imprevisão. Isso porque visa à manutenção do contrato e não exigiria outro de seus requisitos tradicionais, como o lucro desproporcional³⁵”. Insere-se assim, portanto, segundo o citado doutrinador, de que se estaria diante de outra elementar da teoria da imprevisão. Não se trataria unicamente de uma onerosidade excessiva a uma das partes, mas que diante desta houvesse um lucro demasiado à parte contrária.

A temática é recente na ciência do Direito. Como qualquer novo instituto, não há clara pacificação sobre suas delimitações. Darcione Spolaor³⁶ diverge quanto à particularização dos institutos. Note-se:

Apesar de inúmeras diferenças as cláusulas de força maior e *hardship* derivam da teoria da imprevisão, sendo necessário para a aplicação da força maior que esteja caracterizado a impossibilidade de adimplemento da obrigação contratual e para a *hardship* mesmo que seja possível cumprir com o contrato, bastará que seja demasiadamente oneroso cumprir com a obrigação contratual, colocando o devedor em situação ruínosa.

A Teoria da Imprevisão decorre de uma lógica principiológica pautada no *rebus sic stantibus* visando, sobretudo, se resolver a situação que causou turbulência na relação contratual. Já a cláusula de *hardship* possui seu objeto mais delimitado, principalmente em razão do ato de se convencionar a mesma entre as partes. Pelas pontuações e demonstrações realizadas deve se compreender que se tratam de institutos distintos.

³⁴ GOMES, Orlando *apud* BAPTISTA, Luiz Olavo. **Contratos Internacionais**. São Paulo: Lex Editora, 2011, p.240.

³⁵ GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin. **Contrato e sua Conservação: Lesão e Cláusula de Hardship**. 1 ed. Curitiba: Juruá, 2012, p.166.

³⁶ SPOLAOR, Darcione. Contratos comerciais internacionais: Cláusula de *Hardship* e o Reequilíbrio Contratual. **Âmbito Jurídico** – Disponível em: < http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14130>. Acesso em: 15 maio 2016.

4 CLÁUSULA DE HARDSHIP E DIREITO COMPARADO

O Direito Internacional, por sua excelência, versa sobre relações entre Estados e partes de nacionalidades distintas. Por tal fato, utiliza-se deste espaço para a análise da Cláusula de *Hardship* no Direito Comparado.

4.1 DO DIREITO BRITÂNICO

No Direito Britânico há em suma uma mesma conceituação para os termos de *hardship* e *frustration of contract* confundindo as mesmas na prática.

Na Inglaterra a teoria do *frustration* teve início baseada no caso Taylor v. Caldwell³⁷. Na citada lide, o demandado – Caldwell - alugou o imóvel para o demandante – Taylor - por £100 (cem libras esterlinas) por dia, no qual este iria promover quatro grandes concertos. Todavia, seis dias antes da primeira apresentação, a sala de concertos foi destruída por um incêndio. Com base na citada teoria, ambas as partes ficaram exoneradas de cumprir com suas partes do contrato, ou seja, de se pagar o aluguel e de se deixar um prédio à disposição para os concertos.

Sobre a teoria do *frustration* discorre José Cretella Neto:

Essa teoria que se desenvolveu na Inglaterra a partir do referido caso Taylor v. Caldwell, aplica-se não apenas quando o objeto do contrato tiver sido destruído, mas também quando a obrigação de uma das partes ficar impossível de cumprir, mediante a ocorrência de evento para o qual não contribuiu e sobre o qual não pode exercer qualquer influência, tendo-se tornado ilegal o contrato e, em alguns casos extremos, também àqueles cuja finalidade econômica tiver desaparecido. A *frustration of contract* encontra aplicação não apenas a casos de impossibilidade de cumprimento, mas, também, às vezes, quando ocorre alteração fundamental de circunstâncias que levam à “frustração do fim” do contrato³⁸.

“Em suma, a Teoria do *frustration* desenvolveu-se e é aceita pelos tribunais ingleses, que não admitem, no entanto, reescrever o contrato, pois entendem que devem interpretar o contrato e não redigi-lo em lugar das partes³⁹”.

³⁷Disponível em: <http://www.lawandsea.net/1documents/1863_EWHC_QBJ1_Taylor_v_Caldwell.pdf>. Acesso em: 15/05/2016.

³⁸ CRETELLA NETO, José. **Contratos Internacionais: Cláusulas Típicas**. Campinas: Millennium, 2011. p.560.

³⁹ CRETELLA NETO, José. **Contratos Internacionais: Cláusulas Típicas**. Campinas: Millennium, 2011. p.526. Revista de Direito Internacional e Globalização Econômica. Vol 1, nº 1, jan-jun 2017, p. 136-159. ISSN2526-

4.2 DO DIREITO FRANCÊS

A história de formação das bases da sociedade francesa é marcada pela desconfiança em relação ao poder estatal. Os alicerces do direito contratual francês se pautam fortemente no *pacta sunt servanda*, sobretudo, para que se impere a vontade das partes, não se possibilitando tanto a intervenção estatal para a relativização das cláusulas. Toma-se tal afirmativa pelo art. 1.134 Código Civil Francês:

Article 1134. Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi⁴⁰.

Tal rigidez de manutenção das cláusulas contratuais causou algumas reações, das quais discorre Cretella:

Doutrina: em especial após a Primeira Guerra Mundial juristas franceses desenvolveram a *Théorie de l'Imprévision*, que procurava equilibrar o princípio do *pacta sunt servanda* com a cláusula *rebus sic stantibus*. Entendiam que, em contratos de longa duração, essa cláusula estaria implícita e que, com base nos princípios da boa-fé e da equidade, os contratos poderiam ser revistos, ampliando-se a noção de *force majeure* para abranger casos de dificuldades na execução.

Legislação: também nos períodos de pós-guerra registra-se atividade legislativa em prol da flexibilização dos casos de exoneração por ocorrência de *hardship*; a chamada *Loi Falliot* de 21.01.1918 autorizava os tribunais a rescindir ou suspender certas espécies de contratos concluídos antes da Primeira Guerra Mundial.

Prática contratual: a mais eficaz reação à rigidez judicial foi adotada pelas partes contratantes, que passaram a incluir uma cláusula específica no contrato – *clauses d'adaptation automatique* e *clauses de révision* – contendo dispositivos materiais e processuais, ou remetendo eventuais litígios à arbitragem, autorizados a adaptar o contrato a modificações nas circunstâncias com base no princípio da boa-fé. Essa prática se disseminou, principalmente nos contratos internacionais, de modo a criar a possibilidade de modificação das cláusulas, estabelecidas em contrato já desde o início, propiciando um clima mais confortável entre os contratantes e permitindo que inúmeros outros contratos pudessem ser concluídos, por acreditar-se que essas cláusulas de adaptação ou de revisão conferiram maior estabilidade aos negócios jurídicos⁴¹.

A rigidez trazida pelos tribunais franceses causaram reações como as destacadas no trecho. Destaca-se a pontuação feita em relação aos contratos. Os contratos passam a incluir as

⁴⁰ FRANÇA. **Código Civil Francês**. Tradução livre de:

Artigo 1.134 - As convenções legalmente formadas têm força de lei entre as partes. Elas não podem ser revogadas senão pelo consentimento mútuo das partes, ou pelas causas que a lei autorizar. Elas devem ser executadas de boa fé. Disponível em:

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=78959C7D78C4294194D8FA779BA880D6.tpdila08v_2?idSectionTA=LEGISCTA000006150240&cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20160518>. Acesso em: 17 maio 2016.

⁴¹ CRETELLA NETO, José. **Contratos Internacionais: Cláusulas Típicas**. Campinas: Millennium, 2011. p. 583. Revista de Direito Internacional e Globalização Econômica. Vol 1, nº 1, jan-jun 2017, p. 136-159. ISSN2526-

cláusulas de adaptação para a realização de negociações e flexibilização das mesmas. Assim, verifica-se que de fato há um forte apego ao princípio do *pacta sunt servanda* no Direito Francês. Contudo, mesmo assim, os próprios contratantes passam a prever possibilidades de flexibilização para se alcançar maior segurança.

CONCLUSÃO

O ambiente vivido por empresários é permeado pelo risco. A atividade empresarial se trata disso, a busca por ganhos em contraposição ao risco do empreendimento.

A crise econômica e/ou política é a materialização de um fato que causa influência direta aos contratos, tanto internos quanto internacionais. Esta realidade é a qual a sociedade brasileira hoje vive. Tal cenário se mostra marcado por inseguranças, o que traz efeitos como a redução de investimentos estrangeiros, e uma maior cautela no país.

A cláusula de *hardship* entra neste contexto para se buscar maior segurança para as relações contratuais. Eventos imprevisíveis que causem grande onerosidade a uma das partes podem ter seus efeitos reduzidos para a relação.

Não se trata de um abandono completo do princípio do *pacta sunt servanda*, pelo contrário. A relativização do acordo mediante a aplicação da cláusula busca a preservação do principal objeto, ou seja, o contrato.

E não só isso. A cláusula traz para as partes maior segurança do procedimento adequado para contornar tais situações de dificuldade (*hardship*). Retira-se uma proposta de interpretação do contrato de forma tão aberta, limitando-se ao acordado. A cláusula de *hardship* nada mais é do que a autonomia da vontade na sua forma mais essencial.

Por meio da cláusula se busca passar pelas situações de dificuldade mediante a renegociação do contrato entre as partes. O que se deve realizar inicialmente é a definição se houve de fato o evento de *hardship* ou não. Caso as partes não consigam chegar a este acordo, que seja acordado previamente que um terceiro solucione tal impasse; que seja por um árbitro ou juiz. E aí sim, caso não se chegue a uma solução, que se dê fim ao contrato.

Conclui-se pelo exposto que a cláusula de *hardship* demonstra ser um instrumento eficaz para se trazer maior segurança aos contratos internacionais, frente a crises tais como a vivida atualmente pelo Brasil. Além disso, destaca-se o fato de possuir grande aceitação no âmbito internacional.

Não se trata da medida fatal contra tal problemática; não é uma panaceia. Mas, é possível se afirmar que de fato é um instrumento útil para o que se propõe.

REFERÊNCIAS

BAPTISTA, Luiz Olavo. **Contratos Internacionais**. São Paulo: Lex Editora, 2011.

BRASIL. Decreto nº 8.327, de 16 de outubro de 2014. **Promulgação do Tratado de Viena**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Decreto/D8327.htm>. Acesso em 26 mar. 2016.

BRASIL. Lei Nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. **Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 20 maio 2016.

CRETELLA NETO, José. **Contratos Internacionais: Cláusulas Típicas**. Campinas: Millennium, 2011.

DUQUE, Bruna Lyra. A Revisão Contratual no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor. **Âmbito Jurídico**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2216>. Acesso em: 14/11/2015.

_____, _____. A Revisão dos Contratos e a Teoria da Imprevisão uma releitura do direito contratual à luz do princípio da socialidade. **Panóptica - Direito, Sociedade e Cultura**, [S.l.], v. 2, n. 4, jun. 2007. Disponível em: <http://www.panoptica.org/seer/index.php/op/article/view/Op_2.4_2007_258-277>. Acesso em: 14 maio 2016.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD Nelson. **Curso de Direito Civil: Direito dos Contratos**. Vol. 4. 4 ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

FRANÇA. **Código Civil Francês**. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=78959C7D78C4294194D8FA779BA880D6.tpdila08v_2?idSectionTA=LEGISCTA000006150240&cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20160518>. Acesso em: 17 maio 2016.

GARCEZ, José Maria Rossani *apud* CRETELLA NETO, José. **Contratos Internacionais: Cláusulas Típicas**. Campinas: Millennium, 2011

GAUTIER, Pierre Yves *apud* GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin. **Contrato e sua Conservação: Lesão e Cláusula de Hardship**, 1 ed. Curitiba: Juruá, 2012.

GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin. **Contrato e sua Conservação: Lesão e Cláusula de Hardship**. 1 ed. Curitiba: Juruá, 2012.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 26 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE. **ICC Force Majeure Clause 2003. ICC Hardship Clause 2003**. Disponível em: <http://www.derecho.uba.ar/internacionales/competencia_arbitraje_iic_force_majeure_and_hardship_clauses_2003.pdf>. Acesso em: 19 maio 2016.

Revista de Direito Internacional e Globalização Econômica. Vol 1, nº 1, jan-jun 2017, p. 136-159. ISSN2526-6284

OPPETIT, Bruno, apud BAPTISTA, Luiz Olavo. **Contratos Internacionais**. São Paulo: Lex, 2011.

SPOLAOR, Darcione. Contratos comerciais internacionais: Cláusula de Hardship e o Reequilíbrio Contratual. **Âmbito Jurídico** – Disponível em: < http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14130>. Acesso em: 15 maio 2016.

UNIDROIT. **Princípios Unidroit Relativos aos Contratos Comerciais Internacionais 2010**. Tradução: Lauro Gama Jr. Disponível em: <<http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/translations/blackletter2010-portuguese.pdf>>. Acesso em: 26 mar. 2016.

Recebido em: março de 2017

Aprovado em: abril de 2017

André Luiz Rigo Costa dos Santos: andrericoo@gmail.com