

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO
DANIELA CARVALHO MEIRA**

**A CLÁUSULA DE *HARDSHIP* COMO INSTRUMENTO DE
CONSERVAÇÃO DO NEGÓCIO JURÍDICO NO DIREITO
CONTRATUAL INTERNACIONAL**

**Juiz de Fora
2020**

DANIELA CARVALHO MEIRA

**A CLÁUSULA DE *HARDSHIP* COMO INSTRUMENTO DE
CONSERVAÇÃO DO NEGÓCIO JURÍDICO NO DIREITO
CONTRATUAL INTERNACIONAL**

Artigo científico apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel. Na área de concentração Direito Privado sob orientação do Prof. Orfeu Sérgio Ferreira Filho.

**Juiz de Fora
2020**

FOLHA DE APROVAÇÃO

DANIELA CARVALHO MEIRA

A CLÁUSULA DE *HARDSHIP* COMO INSTRUMENTO DE CONSERVAÇÃO DO NEGÓCIO JURÍDICO NO DIREITO CONTRATUAL INTERNACIONAL

Artigo científico apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel. Na área de concentração Direito Privado submetida à Banca Examinadora composta pelos membros:

Orientador: Prof. Orfeu Sérgio Ferreira Filho
Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof.^a Dra. Raquel Bellini de Oliveira Salles
Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof. Dr. Sergio Marcos Carvalho de Avila Negri
Universidade Federal de Juiz de Fora

PARECER DA BANCA

() APROVADA

() REPROVADA

Juiz de Fora, 16 de outubro de 2020

RESUMO

O avanço das novas tecnologias e o advento da globalização contribuíram para que as relações jurídicas e econômicas ultrapassassem as tradicionais fronteiras nacionais, ocasionando a movimentação de bens e serviços ao redor de todo o globo. As novas formas de contratação trouxeram consigo novas dificuldades, dentre elas, a possibilidade de alterações inesperadas das circunstâncias, as quais podem constituir um dos maiores problemas que as partes podem enfrentar no comércio internacional, especialmente em se tratando de contratos de longa duração. Esse cenário, caracterizado pela dinamicidade e por incertezas, requer a capacidade de renegociação e a consequente busca pelo equilíbrio contratual, de modo que as cláusulas contratuais atendam ao melhor interesse dos contratantes. O presente estudo propõe-se a analisar um instrumento típico de manutenção dos contratos internacionais, principalmente os de prestação continuada ou de longa duração: a cláusula de *hardship*. Busca-se elucidar a definição e a aplicação dessa cláusula, além de diferenciá-la da cláusula de *force majeure*. Realizar-se-á, ainda, um paralelo entre a conservação do negócio jurídico na esfera internacional e na esfera nacional. Por fim, pretende-se analisar se a cláusula de *hardship* constitui um instrumento eficaz para a conservação do negócio jurídico no direito contratual internacional.

Palavras-chave: equilíbrio contratual; cláusula de *hardship*; *force majeure*; contratos comerciais internacionais.

ABSTRACT

The advancement of new technologies and the advent of globalization have helped legal and economic relations to cross traditional national borders, causing the movement of goods and services around the globe. The new forms of contracting have brought with them new difficulties and, among them, the possibility of unexpected changes of circumstances, which can be one of the biggest problems that parties may face in international trade, especially when it comes to long-term contracts. This scenario, characterized by dynamism and uncertainties, requires the ability to renegotiate and the consequent search for contractual balance, so that the contractual clauses meet the best interest of the contractors. The present study proposes to analyze a typical instrument for the maintenance of international contracts, mainly those of continuous or long duration: the hardship clause. The aim is to clarify the definition and application of this clause and to differentiate it from the force majeure clause. There will also be a parallel between the maintenance of legal business in the international sphere and in the national sphere. Finally, it is intended to analyse whether the hardship clause is an effective instrument for the conservation of the contract in international contract law.

Keywords: contractual balance; hardship clause; force majeure; international commercial contracts.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	5
2 DO PARADIGMA DA IMUTABILIDADE CONTRATUAL AO DEVER DE RENEGOCIAR	7
3 A CLÁUSULA DE <i>HARDSHIP</i> COMO INSTRUMENTO DE JUSTIÇA CONTRATUAL	11
4 APLICAÇÃO DAS CLÁUSULAS DE <i>HARDSHIP</i> E DE <i>FORCE MAJEURE</i> NO DIREITO INTERNACIONAL	15
4.1 Princípios UNIDROIT Relativos aos Contratos Comerciais Internacionais (Princípios)..	16
4.2 Convenção de Viena das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias (CISG).....	21
5 A CONSERVAÇÃO DO NEGÓCIO JURÍDICO NO DIREITO BRASILEIRO	24
6 COVID-19: CLÁUSULA DE <i>HARDSHIP</i> OU <i>FORCE MAJEURE</i> ?	30
7 CONCLUSÃO.....	32
REFERÊNCIAS	34

1 INTRODUÇÃO

Em um ambiente globalizado, as relações jurídico-contratuais internacionais estão sujeitas ao impacto de fatores externos durante todo o seu desenvolvimento. A complexidade das relações transnacionais, a multiplicidade de ordenamentos jurídicos e a incidência das demais particularidades próprias do comércio internacional influenciam para que, desde o momento da contratação, as partes possam enfrentar riscos capazes de impedir ou prejudicar o adimplemento das respectivas prestações.

Considere-se, por exemplo, uma situação na qual uma construtora opera na Alemanha, mas obtém os seus materiais de construção de uma fábrica no Brasil. Devido a um aumento substancial e imprevisível nos custos da matéria-prima, o cumprimento contínuo das obrigações contratuais pela fábrica brasileira torna-se excessivamente difícil. Nessas circunstâncias, quais providências os contratantes deveriam adotar? Quais são os riscos e as consequências para as partes?

Diante desse cenário, surge o seguinte questionamento: qual a solução contratual ideal para lidar com a modificação imprevisível e superveniente das circunstâncias na relação contratual internacional?

Para desenvolver o presente trabalho, fez-se uso da pesquisa exploratória e descritiva dos institutos do Direito Internacional Privado, com enfoque nos contratos internacionais, sob uma abordagem qualitativa, tendo em vista a complexidade da pesquisa e a interação de variáveis. O estudo foi desenvolvido a partir da pesquisa bibliográfica de manuais, artigos e revistas tanto no âmbito nacional quanto internacional, além da análise de tratados, convenções e jurisprudência concernentes ao tema, merecendo destaque a análise da Convenção das Nações Unidas para a Venda Internacional de Mercadorias (CISG) e dos princípios do UNIDROIT.

O marco teórico da presente pesquisa é a cláusula geral da boa-fé objetiva, princípio que permeia todas as relações jurídicas na sociedade e possui particular importância em se tratando dos contratos internacionais. Trata-se de um padrão de conduta, através do qual as partes devem colaborar mutuamente para que alcancem os fins esperados com a celebração do contrato, agindo de modo honesto e leal.

Ressalte-se, ainda, que esse princípio também é disciplinado na ordem jurídica internacional, estando codificado na Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra

e Venda Internacional de Mercadorias (CISG), em seu artigo 7(1); bem como nos Princípios dos Contratos Comerciais Internacionais (UNIDROIT), no artigo 1.7.

Em sentido conexo, tem-se também como base do presente trabalho o princípio da conservação do contrato (*favor contractus*), também previsto na legislação contratual internacional, o qual prevê que, diante de uma situação em que o contrato possa vir a ser cumprido ou terminado, considera-se preferível o seu cumprimento. Por meio desse princípio se analisará o dever de renegociar, corolário da cláusula geral de boa-fé.

A pesquisa científica que ora se projeta trabalha com a hipótese de que a cláusula de *hardship* se consubstancia em um instrumento eficaz para a conservação do negócio no direito contratual internacional, de modo a alcançar uma solução mais justa para os contratantes, com base no princípio da boa-fé contratual, marco teórico do presente estudo.

O presente estudo justifica-se em razão da necessidade de se demonstrar a importância de que sejam oferecidos mecanismos concretos e eficientes para que os contratantes que desejam manter suas relações contratuais possam fazê-lo, do modo como desejarem, trazendo uma alternativa à resolução do contrato nos casos de ruptura do equilíbrio contratual.

Sendo assim, este trabalho tem como objetivo a análise de um instrumento típico de readaptação dos contratos internacionais: a cláusula de *hardship*.

Nesse ponto, imperioso determinar o conceito dos contratos internacionais. Irineu Strenger (1986, p. 81), eminente jurista brasileiro, assim dispõe:

São contratos internacionais do comércio, todas as manifestações bi ou plurilaterais da vontade livre das partes, objetivando relações patrimoniais ou de serviços, cujos elementos sejam vinculantes de dois ou mais sistemas jurídicos extraterritoriais, pela força do domicílio, nacionalidade, sede principal dos negócios, lugar do contrato, lugar da execução, ou qualquer circunstância que exprima um liame indicativo de Direito aplicável.

Ou seja, para que um contrato seja caracterizado como internacional, ele deve possuir algum dos elementos de “estranheidade”. São eles: a nacionalidade; o domicílio; a sede principal dos negócios; o local de celebração ou o local de execução do contrato.

Desse modo, contratos internacionais são aqueles acordos que objetivam criar uma relação jurídica entre dois ou mais sujeitos pertencentes a países diferentes ou, embora

pertencentes ao mesmo país, produzam seus efeitos jurídicos fora dele, como é o caso dos contratos de distribuição internacional¹.

Ademais, o respeito ao princípio da autonomia da vontade é fundamental para a eficácia e validade de todos os tipos de contratos internacionais. Esse princípio consiste na faculdade concedida aos contratantes de determinarem livremente o conteúdo do contrato, através de um acordo de vontades, com o objetivo de atender aos seus próprios interesses, desde que sejam protegidos pela ordem jurídica à qual se submetem (BASSO, 1996).

Nos capítulos que se sucedem, serão abordadas algumas peculiaridades dos contratos internacionais no cenário comercial contemporâneo. Será analisada, em princípio, a mudança de paradigma dos contratos em geral, os quais vêm sofrendo um processo de flexibilização para melhor atender aos interesses das partes.

Posteriormente, os conceitos de cláusula de *hardship* e de *force majeure* serão explicados e diferenciados de acordo com a legislação contratual internacional.

Examinar-se-á, em seguida, como essa matéria é tratada no direito pátrio, quais são as diferenças entre a abordagem brasileira frente à ordem contratual internacional e quais são os desafios a serem enfrentados.

Por fim, pretende-se analisar se a cláusula de *hardship* constitui um instrumento eficaz para a conservação do negócio jurídico no direito contratual internacional, levando-se em consideração a pluralidade de fontes que versam sobre o tema e a coexistência de sistemas jurídicos diversos.

2 DO PARADIGMA DA IMUTABILIDADE CONTRATUAL AO DEVER DE RENEGOCIAR

O brocardo jurídico *pacta sunt servanda* determina que os contratos existem para serem cumpridos e que o seu conteúdo faz lei entre as partes. Estabelece, desse modo, a força obrigatória dos contratos (GOMES, 1996).

Originados no Direito Romano, os contratos carregaram consigo, historicamente, uma enorme carga de formalismo e de inspiração religiosa. Havia, por exemplo, uma distinção entre

¹ Contratos de distribuição internacional são aqueles em que um fornecedor se obriga a vender um produto ou fornecer um serviço ao distribuidor que, posteriormente, o revende para o mercado consumidor internacional.

o conceito de pacto e o de contrato. Enquanto os pactos eram tratados como acordos informais, os contratos, tendo por base o prévio acordo de condições entre as partes, geravam necessariamente uma obrigação jurídica, da qual as partes não poderiam se esquivar (MOREIRA ALVES, 1998).

Sendo assim, ao determinar que aquilo que foi pactuado pelos contratantes deverá ser cumprido, o brocardo jurídico do *pacta sunt servanda* prestigia dois aspectos fundamentais dos contratos: a segurança jurídica e a autonomia da vontade das partes.

A título de ilustração, merece destaque a peça teatral “O Mercador de Veneza” do prestigiado dramaturgo Shakespeare. Em sua obra, os contratantes acordam o empréstimo de três mil “ducados” e preveem, como garantia, “uma libra de carne” de qualquer parte do corpo do devedor caso a dívida não fosse paga na data determinada (SHAKESPEARE, 2011).

Diante da perda de seus bens, o devedor se encontra impossibilitado de arcar com o empréstimo e o credor recorre à justiça para executar o contrato. Por derradeiro, o devedor alega que seria impossível retirar sua carne sem que se retirasse também um pouco de sangue, o que representaria um excesso aos limites do contrato, de modo que a prestação não poderia ser exigida. Essa argumentação foi acatada pelo Tribunal de Veneza (SHAKESPEARE, 2011).

Essa peça teatral elucidada o modo como os contratos eram concebidos pela sociedade da época: acordos obrigatórios e imutáveis. Sendo assim, qualquer contrato firmado pela vontade das partes firmaria lei entre os contratantes, sem se considerar qualquer situação futura e imprevisível que pudesse dificultar o adimplemento contratual.

Na ordem internacional, o *pacta sunt servanda* encontra previsão jurídica no artigo 1.3 dos Princípios UNIDROIT Relativos aos Contratos Comerciais Internacionais, o qual estabelece que “um contrato validamente firmado é vinculante para as partes” (UNIDROIT, 2016).

A Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias (CISG), por sua vez, adota uma postura mais pragmática ao determinar, em seu artigo 46, que “o comprador poderá exigir do vendedor o cumprimento de suas obrigações, salvo se tiver exercido qualquer ação incompatível com esta exigência” (BRASIL, 2014).²

O princípio do *pacta sunt servanda*, como se pôde observar, determina o cumprimento do contrato de acordo com o que foi previamente pactuado pelas partes. Em contrapartida, a

² Ambos os diplomas jurídicos (CISG e Princípios UNIDROIT) serão elucidados no tópico 4 do presente trabalho.

cláusula *rebus sic santibus* estipula que as regras contratuais são válidas desde que as condições existentes no momento da assinatura desse negócio jurídico permaneçam ao longo do tempo (SCHREIBER, 2018). Do latim, essa cláusula pode ser traduzida basicamente como “estando as coisas assim” (TARTUCE, 2019).

Permite-se, portanto, que o contrato seja revisto com a ocorrência de mudanças imprevisíveis das condições existentes ao tempo de sua formação, de modo a se promover a justiça contratual e a adaptação à nova realidade das partes (MOSER, 2018).

A cláusula *rebus sic santibus* já encontrava amparo no código de Hamurabi³, em seu número 48⁴. Apesar de sua prévia existência, a cláusula *rebus sic santibus* apenas ganhou força no direito canônico, quando se percebeu a necessidade de que o princípio *pacta sunt servanda* fosse relativizado e mitigado diante da ocorrência de circunstâncias imprevisíveis ao tempo da formação do contrato (FIUZA, 1999).

Observe-se, desse modo, que a cláusula *rebus sic santibus* é uma exceção ao princípio da força obrigatória dos contratos e possui o objetivo de reestabelecer o equilíbrio entre as partes, sempre que as circunstâncias presentes ao tempo da formação do contrato se modificarem ao tempo da execução, viabilizando-se, assim, a conservação do negócio jurídico (MOSER, 2018).

Não obstante, a aplicação da cláusula *rebus sic santibus* não tem o condão de pôr fim ao princípio da força obrigatória dos contratos, limitando-se apenas a flexibilizar o seu caráter quase absoluto e imutável (TARTUCE, 2019).

Em verdade, insta salientar que ambos os institutos não se excluem nem se contrapõem. Trata-se, tão somente, de duas situações jurídicas distintas que, ao contrário, se complementam, na medida em que viabilizam a garantia da perfeita execução do contrato, em respeito à vontade das partes, que pode se modificar diante da ocorrência de fatos imprevisíveis e supervenientes.

Com efeito, o dever de renegociar pressupõe uma atitude de boa-fé dos contratantes com o objetivo de reequilibrar economicamente o contrato, fazendo cessar a demasiada dificuldade no cumprimento da prestação (SCHREIBER, 2018). Nesses casos, a cooperação entre as partes

³ O Código de Hamurabi consiste em uma compilação de 282 leis da antiga Babilônia (atual Iraque), criado por volta de 1772 a. C. É a legislação mais antiga de que se tem conhecimento, no qual se encontra a denominada lei de talião.

⁴ “Se alguém tiver uma dívida de empréstimo e uma tempestade destruir o grão, ou a colheita falhar, ou o grão não crescer por falta de água; nesse ano ele não deverá a seu credor nenhum grão; ele lavará com água sua tábua de dívida e não pagará aluguel naquele ano.”

é essencial para que se possa encontrar uma melhor solução para as questões advindas ao longo da relação contratual (MARTINS-COSTA, 2018).

Em que pese certa resistência doutrinária no que diz respeito à existência do dever de renegociar (FRAZÃO, 2020), note-se que tal dever é anexo ao imposto pela cláusula geral da boa-fé objetiva, a qual exige um comportamento colaborativo e transparente entre as partes. Sendo assim, o dever de renegociar ultrapassa a mera recomendação jurídica e possui o condão de regra de conduta⁵, vedando o comportamento do contratante que, podendo colaborar com as renegociações, não o faz (SCHREIBER, 2018).

Pautadas pela boa-fé objetiva, as partes deverão despender esforços razoáveis durante as renegociações com o objetivo de chegar a um acordo. Não obstante, o dever de renegociar não constitui uma obrigação de resultado, mas tão somente de meio. Ou seja, a renegociação poderá, eventualmente, não surtir efeitos no sentido da manutenção do contrato (MOSER, 2018). Consoante Anderson Schreiber (2018, p.298), “o dever de renegociar constitui, em outras palavras, um dever de ingressar em renegociação”.

Apesar de possuírem interesses específicos e buscarem prestações distintas, tem-se, na verdade, o mesmo objetivo para ambas as partes: o cumprimento da obrigação. Existe, assim, uma verdadeira relação de colaboração entre as partes que, ao final, estão essencialmente voltadas para a mesma direção, qual seja a conservação do negócio jurídico (MOREIRA, 2019).

Esse interesse encontra respaldo no princípio do *favor contractus*⁶, corolário da cláusula geral da boa-fé. De acordo com esse princípio, deve-se, sempre que possível, prezar pela manutenção dos contratos, priorizando a existência, a validade e a execução do contrato, em detrimento da sua prematura resolução (GLITZ, 2013).

Desse modo, percebe-se que o paradigma da imutabilidade contratual perdeu força e cedeu lugar ao dever de renegociar, uma obrigação tanto moral quanto jurídica. Em respeito ao princípio do *favor contractus* e em benefício próprio das partes, compreende-se a importância

⁵ A título de ilustração, o Código Civil alemão (BGB) determina, em seu artigo 242, o seguinte: “Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.” Em síntese, tal disposição obriga o devedor (Schuldner) a prestar aquilo que ele deve (Leistung) em conformidade com a boa-fé (Treu und Glauben), levando em consideração os costumes do mercado (Verkehrssitte).

⁶ O princípio do *favor contractus* também possui respaldo na jurisprudência internacional, como se pode observar pelo laudo arbitral ICC nº 4145 (1983), no qual se afirmou o seguinte: “[i]t is also a general and widely recognized principle that from two legal solutions, the judge will choose the one which favors the validity of an agreement (favor negotii)”

da renegociação diante da ocorrência de mudanças imprevisíveis das condições existentes ao tempo da formação do contrato com vistas à sua manutenção.

3 A CLÁUSULA DE *HARDSHIP* COMO INSTRUMENTO DE JUSTIÇA CONTRATUAL

Diante das possíveis divergências doutrinárias com relação à existência e à aplicação de um dever de renegociar absoluto, torna-se comum, em instrumentos contratuais de longa duração, a inserção de cláusulas que obriguem as partes a negociarem ou mesmo a adaptarem o contrato na ocorrência de eventos que alterem o equilíbrio do negócio jurídico firmado (RABELO; MARTINS, 2020).

Como visto, o cenário das transações comerciais internacionais, muitas vezes desprovido de uma regulação uniforme, é propício para a ocorrência de mudanças inesperadas nas circunstâncias que ensejaram a formação dos contratos. Consequentemente, torna-se cada vez mais necessário o estudo dos instrumentos jurídicos capazes de restaurar o equilíbrio contratual de modo a melhor atender aos interesses dos contratantes e mitigar os riscos diante de situações adversas.

No entanto, de acordo com Ingeborg Schwenzer e Edgardo Muñoz (2019, p.2), a doutrina e a jurisprudência dos diversos sistemas jurídicos internacionais não são pacíficas em relação à isenção de responsabilidade do devedor nos casos em que o cumprimento da obrigação, embora difícil, não se revela de todo impossível.

Em muitas legislações domésticas, são oferecidas soluções apenas para a situação de impossibilidade, através de institutos jurídicos internos que se inclinam à resolução contratual (SCHWENZER; MUÑOZ, 2019).

O uso das cláusulas de renegociação, ao contrário, é típico da disciplina contratual e demonstra maior adequação às especificidades e ao dinamismo das relações comerciais internacionais, tendo por objetivo final a preservação do negócio (COSTA; NUSDEO, 2011).

Diante desse panorama, busca-se analisar uma solução que possa ser facilmente adotada pelas partes no momento da elaboração do contrato, de modo a salvaguardar os objetivos dos contratantes previamente à ocorrência de eventuais contratempos: a cláusula de *hardship*.

Nesse sentido, de acordo com Frederico Glitz e Thaysa Santos (2011, p.8):

Essa solução negocial para o desequilíbrio econômico do contrato se demonstra útil exatamente porque nem todas as legislações admitem a possibilidade de revisão do vínculo contratual. Caberia, então, aos contratantes elaborarem forma de preservação do contrato, mas ajustada a um novo equilíbrio e, portanto, garantidora da justiça contratual.

Por se tratar de uma escolha livre e consciente das partes, a adoção da cláusula de *hardship* prioriza o princípio da autonomia da vontade, sustentáculo da relação contratual (GOMES, 1996). Embora tipicamente utilizada nos contratos internacionais, a cláusula de *hardship* também poderá ser empregada em contratos nacionais, desde que, em ambas as situações, se verifique a paridade de armas entre os contratantes, de modo que possam exercer a renegociação dotados de meios equivalentes.

A palavra *hardship* pode ser traduzida do inglês como “dificuldade”, “adversidade” ou “infortúnio”. Desse modo, a cláusula de *hardship* é aplicada em situações nas quais há uma demasiada dificuldade no adimplemento da obrigação, desequilibrando-se o contrato (GARCEZ, 1994). Observe-se, no entanto, que a noção de excessiva dificuldade se distingue do conceito de impossibilidade, tendo em vista que este último leva necessariamente à resolução do contrato (ARAUJO, 2009).

A cláusula de *hardship*, ao contrário, com o objetivo de assegurar a preservação do contrato, determina o dever de renegociação entre os contratantes em situações nas quais o cumprimento adequado das obrigações contratuais pelas partes, embora excessivamente difícil, ainda se revela possível (SCHREIBER, 2018).

Em muitas ocasiões, a obrigação “possível” não faz sequer sentido na esfera econômica. É o caso, por exemplo, de uma encomenda que seria levada ao destinatário por meio de um navio e se perde no mar. Essa mercadoria até poderia ser encontrada, mas apenas mediante dispêndio de muito esforço físico e financeiro. Nesse caso, seria mais coerente permitir que as próprias partes renegociem os termos da obrigação.

Sendo assim, apenas diante de uma renegociação infrutífera, qualquer uma das partes poderá buscar uma solução em juízo. O tribunal terá, então, que decidir, com base no que se considera justo e razoável, entre a adaptação contratual e a resolução contratual (SALGADO, 2011).

Ademais, a rigor, a dificuldade excessiva deve surgir em razão de mudanças supervenientes que não puderam ser razoavelmente previstas pelas partes ao tempo da celebração do contrato.

Conforme os ensinamentos de Maurício Prado (2004, p.32):

A cláusula partiria de uma concepção contemporânea do princípio do rebus sic stantibus, possibilitando a relativização do princípio da força obrigatória dos contratos (pacta sunt servanda), em situações em que ocorressem fatos ou eventos que não poderiam, de maneira razoável, ser previstos quando da contratação, e que estivessem fora do controle de ambas as partes. Estes eventos deveriam desequilibrar o contrato, seja pelo aumento dos custos da sua execução, ou ainda pela redução dos valores de sua contraprestação.

Com a adoção da cláusula de *hardship*, objetiva-se, portanto, a readequação do equilíbrio contratual e a efetiva execução da obrigação. Busca-se, desse modo, preservar a equidade para ambas as partes, em consonância com o novo contexto estabelecido pela superveniência de fato imprevisível. Ao final, o que se pretende é a manutenção do contrato.

Alguns doutrinadores compreendem que a imprevisibilidade não seria um requisito necessário para a aplicação da cláusula de *hardship*, bastando a ocorrência de um evento meramente incerto (MARTINS-COSTA, 2018)⁷. Sustentam, para tanto, que a imprevisibilidade seria dotada de subjetividade, podendo variar de pessoa para pessoa. Não obstante, a doutrina majoritária sustenta pela inserção da imprevisibilidade como requisito para a aplicação da cláusula em análise (SCHWENZER, 2008)⁸.

De acordo com Frederico Glitz (2008, p. 146, apud Darakoum, 2002, p. 471), “há, mesmo, precedente arbitral da CCI no sentido de que se exigir o cumprimento do contrato fundamentalmente desequilibrado atentaria contra o princípio da boa-fé”.

Orlando Gomes (1984, p.187-188), eminente civilista brasileiro, dispõe da seguinte forma acerca da cláusula de *hardship*:

Na definição de Frigani (transcrita na obra de Maiorca), a hardship clause é uma cláusula que permite a revisão do contrato se sobrevierem circunstâncias que alteram

⁷ Segundo o entendimento de Judith Martins-Costa, 2018, p. 432: “(...) Essas cláusulas não têm um efeito determinante da revisão que opere automaticamente, pois consistem em provocar uma renegociação do contrato quando a modificação prevista ocorre, seja essa modificação derivada de um evento imprevisível, seja de um acontecimento meramente incerto, seja, finalmente, e circunstância previsível no *an*, mas imprevisível no *quantum*”.

⁸ De acordo com Ingeborg Schwenzer, 2008, p. 715: “(...) Again, as in the *force majeure* provisions, the event in question must not fall in the sphere of risk of the aggrieved party; it must have been unforeseeable as well as unavoidable. Thus, hardship can be considered as a special group of cases under the general *force majeure* provisions. All that is added to the *force majeure* provisions on the level of prerequisites is a clarification of the term *impediment* in cases where performance in the strict sense is possible but just too onerous.”

substancialmente o equilíbrio primitivo das obrigações das partes. Não se trata de aplicação especial da teoria da imprevisão à qual querem alguns 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 de que alterem a economia do contrato, para manter, como esclarece o citado Maiorca, 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.

Logo, a vantagem em estabelecer a mencionada cláusula reside na sua dupla finalidade (positiva e negativa). Prossegue o autor:

Ressalta o escritor mencionado que a característica e a novidade mais relevante da hardship clause reside nas consequências jurídicas decorrentes da sua dupla finalidade, a negativa, para evitar a dissolução do contrato, e a positiva, para a renegociação das cláusulas nas quais se apresenta a ruptura do seu equilíbrio econômico. E assim, arremata, o contrato intangível cede o seu posto ao contrato evolutivo.

Depreende-se do trecho acima destacado que contrato evolutivo é aquele que abandona as amarras de um contrato imutável e leva em consideração as demais circunstâncias que permeiam a sua execução. Assim, o seu objetivo consiste em viabilizar a renegociação dos termos de tal modo que se tornem mais justos e equilibrados, possuindo o fim maior de prezar pela continuidade das relações contratuais.

Nesse sentido, a cláusula de *hardship* constitui um instrumento capaz de contribuir com a justiça contratual, na medida em que gera a obrigação para as partes de renegociarem os termos do contrato à luz do princípio fundamental da boa-fé e dos seus deveres anexos de lealdade e de cooperação entre as partes.

A partir de então, caberá às partes, por meio de uma relação de colaboração e diligência, a modificação dos termos contratuais para que os seus objetivos finais sejam satisfeitos de modo equitativo.

Nas palavras de Luiz Gustavo Meira Moser (2008, p. 17):

O paradigma da imutabilidade contratual cede espaço à noção de contrato como local de manifestação do interesse comum das partes. Nessa linha de entendimento, utiliza-se a hardship para evitar a revisão da avença ou mesmo sua resolução judicial, reforçando o binômio celeridade-efetividade na consecução das disposições cominadas no contrato, sem pôr em risco a sua sobrevivência.

Do mesmo modo, Frederico Glitz e Thaysa Santos (2011, p.15) concluem:

O contrato, então, deixa de ser aquele objeto inatingível de admiração, espelho de certezas e fiador de segurança. A realidade lhe cobra a capacidade de melhor atender

sua própria função: para atender aos interesses nele envolvidos não basta cristalizar obrigações, mas adaptá-las às circunstâncias.

A cláusula de *hardship*, desse modo, constitui um instrumento efetivo para a aplicação do dever de renegociar nas relações privadas, com vistas à preservação do contrato. Sendo assim, ao buscar a readequação do equilíbrio contratual, a efetiva execução da obrigação, o respeito à autonomia da vontade e a equidade das prestações, pode-se concluir que a cláusula de *hardship* promove a justiça contratual.

4 APLICAÇÃO DAS CLÁUSULAS DE *HARDSHIP* E DE *FORCE MAJEURE* NO DIREITO INTERNACIONAL

Assim como a cláusula de *hardship*, a cláusula de *force majeure* também é muito utilizada no cenário contratual internacional como um instrumento eficiente para a flexibilização do princípio da força obrigatória dos contratos (*pacta sunt servanda*).

Como resultado, são frequentes os casos em que ambos os conceitos se emaranham e se confundem. Não obstante, insta salientar que essas cláusulas são diferentes tanto com relação às suas condições prévias, quanto com relação às suas consequências jurídicas (COSTA; NUSDEO, 2011). Desse modo, é importante realizar uma distinção clara acerca do sentido e do alcance de cada uma delas.

O termo *force majeure* deriva do francês e significa literalmente "força maior". Indica-se, desse modo, que as partes estão submetidas à ocorrência de um evento inesperado que impede o cumprimento natural das obrigações contratuais. Sendo assim, a cláusula de *force majeure* aplica-se aos casos nos quais a execução do contrato torna-se impossível devido à ocorrência de fatos que não poderiam ter sido razoavelmente previstos e estão fora do controle das partes, como é o caso, por exemplo, de um terremoto (KONARSKI, 2003).

Por consequência, essa cláusula tem o condão de exonerar a responsabilidade do contraente - seja pela mora, seja pelo inadimplemento absoluto da prestação - em razão da impossibilidade do cumprimento da obrigação (SCHWENZER, 2008).

Em contrapartida, a cláusula de *hardship* se aplica a casos em que o adimplemento da obrigação acordada ainda é possível, porém excessivamente difícil. A consequência da cláusula de *hardship* consiste, portanto, na renegociação dos termos contratuais em razão da ocorrência

de fatos que modifiquem substancialmente as circunstâncias iniciais do contrato, alterando o seu equilíbrio. Busca-se, ao final, assegurar a manutenção das relações contratuais.

Como se pode observar, as consequências legais de ambas as cláusulas são muito diferentes. Enquanto na *force majeure* ocorre, necessariamente, a resolução do contrato através da isenção da responsabilidade, na *hardship* prevê-se, inicialmente, a renegociação e, apenas nas situações em que as renegociações se revelarem infrutíferas, se discutirá a possibilidade da exoneração da responsabilidade.

A necessidade da previsão das cláusulas de *hardship* e de *force majeure* nos contratos internacionais é apenas mais um fator capaz de demonstrar que esses negócios jurídicos estão submetidos a muitas incertezas. Nesse contexto, surgiram movimentos de uniformização do direito do comércio internacional, com o objetivo de se promover maior segurança e previsibilidade nas relações comerciais. Esses movimentos englobam a criação dos Princípios UNIDROIT e da Convenção de Viena de 1980 (CISG), os quais serão examinados a seguir.

4.1 Princípios UNIDROIT Relativos aos Contratos Comerciais Internacionais (Princípios)

O Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado (UNIDROIT) é uma organização intergovernamental independente sediada em Roma. Essa organização tem por objetivo o estudo acerca de métodos capazes de modernizar, harmonizar e coordenar o direito privado e, em particular, o direito comercial entre Estados, para, ao final, formular instrumentos jurídicos uniformes.

O Instituto foi criado em 1926 como órgão auxiliar da Liga das Nações e, após o fim da Liga, foi restabelecido em 1940 com base em um acordo multilateral, o chamado Estatuto do UNIDROIT. O UNIDROIT é composto por sessenta e três Estados membros, os quais representam uma extensa variedade de sistemas jurídicos, econômicos, políticos e culturais.

Nesse sentido, os Princípios UNIDROIT destinam-se a estabelecer um conjunto de regras capaz de se adequar às necessidades das relações comerciais internacionais. Objetiva-se, portanto, a criação de um instrumento uniforme passível de ser utilizado em países de todo o mundo, independentemente de suas tradições jurídicas, bem como de suas condições econômicas e políticas (ARAUJO, 2009).

Conforme previsto em seu preâmbulo, os Princípios UNIDROIT serão aplicáveis aos negócios jurídicos quando as partes assim acordarem por meio do contrato. Ademais, poderão também ser aplicados quando as partes concordarem que seu contrato seja regido por princípios gerais de direito, pela *lex mercatoria*⁹ ou similares, bem como nos casos em que as partes não tiverem escolhido nenhuma lei para reger seu contrato (UNIDROIT, 2016).

Em suas previsões, os Princípios UNIDROIT preveem tanto a *force majeure* quanto a *hardship* como institutos do direito internacional dos contratos. Não obstante, esses dois institutos recebem um tratamento bastante diferenciado (ARAUJO, 2009).

Enquanto os casos de *force majeure* são abordados no capítulo sobre inadimplemento, os casos de *hardship* são abordados no capítulo sobre adimplemento. A lógica dessa divisão é clara. Se a execução for impossível, a obrigação não será cumprida, porém, se o cumprimento da obrigação for difícil, mas não impossível, as consequências dessa dificuldade serão tratadas como um aspecto do adimplemento contratual (SALGADO, 2011).

Observe-se, ainda, que o legislador dedicou especial atenção às disposições relativas à *hardship*, que vão desde o artigo 6.2.1 até o artigo 6.2.3, de modo muito detalhado. Em contrapartida, a disposição referente à *force majeure* é tratada somente no artigo 7.1.7, acompanhado de uma determinação para que o artigo seja lido em conjunto com as previsões previamente esclarecidas na seção de *hardship* (SALGADO, 2011).

Ademais, optou-se por uma disposição normativa topográfica que aborda primeiro a *hardship* e, apenas posteriormente, a *force majeure*. Sugere-se, desse modo, uma possível recomendação para que as partes priorizem a renegociação em detrimento da resolução contratual precoce.

A cláusula de *hardship* encontra a sua previsão no artigo 6.2.2 dos princípios UNIDROIT, conforme se observa a seguir:

ARTIGO 6.2.2

(Definição de *hardship*)

Há *hardship* quando ocorrem eventos que alteram substancialmente o equilíbrio do contrato, seja pelo aumento do custo do cumprimento da prestação, seja pela diminuição do valor da contraprestação, e

- a) os eventos ocorrem ou se tornam conhecidos pela parte em desvantagem após a conclusão do contrato;

⁹ A *lex mercatoria* consiste em um conjunto de princípios e costumes aplicáveis às transações comerciais internacionais, sem qualquer interferência dos Estados. Atualmente, é concebida como um sistema jurídico autônomo aplicável aos contratos internacionais de comércio.

- b) os eventos não puderam ser razoavelmente levados em consideração pela parte em desvantagem no momento da conclusão do contrato;
- c) os eventos estão fora do controle da parte em desvantagem; e
- d) o risco de tais eventos não foi assumido pela parte em desvantagem.

Como visto, esse artigo define *hardship* como uma situação na qual a ocorrência de determinados eventos altera fundamentalmente o equilíbrio do contrato, tornando o cumprimento da prestação excessivamente difícil para uma das partes, desde que esses eventos satisfaçam os requisitos estabelecidos em suas alíneas a), b), c) e d).

O que se considera como uma mudança substancial no equilíbrio do contrato dependerá, naturalmente, das circunstâncias do caso concreto. A título de ilustração, os Princípios UNIDROIT utilizaram um exemplo no qual um comerciante de bens eletrônicos situado na antiga República Democrática Alemã, em setembro de 1989, compra estoques de determinado fornecedor, situado no país X, também um antigo país socialista (UNIDROIT, 2016).

As mercadorias devem ser entregues pelo fornecedor em dezembro de 1990, porém, em novembro de 1990, o comerciante de produtos eletrônicos informa ao fornecedor que a mercadoria não tem mais utilidade para ele, alegando que, após a unificação da República Democrática Alemã e da República Federal da Alemanha e a abertura da antiga República Democrática Alemã ao mercado internacional, não haveria mais mercado para tais produtos importados do país X. A menos que as circunstâncias indiquem o contrário, o comerciante tem o direito de invocar a cláusula de *hardship* (UNIDROIT, 2016).

Ademais, apesar de não estar expressamente previsto no artigo supramencionado, geralmente se aplica a cláusula de *hardship* nos contratos de longa duração, ou seja, aqueles em que o cumprimento da obrigação por pelo menos uma das partes se estende por um determinado período de tempo.

Mais adiante, no artigo 6.2.3, são definidos os efeitos da ocorrência de *hardship* nos contratos. Vejamos:

ARTIGO 6.2.3

(Efeitos de *hardship*)

- (1) Em caso de *hardship*, a parte em desvantagem tem direito de pedir a renegociação do contrato. O pedido deve ser feito sem demora injustificada e deve indicar os fundamentos sobre os quais se assenta.
- (2) O pedido de renegociação, por si, não dá à parte em desvantagem o direito de suspender a execução.
- (3) Se as partes não chegarem a um acordo em um prazo razoável, qualquer uma das partes poderá recorrer ao tribunal.

(4) Se o tribunal entende tratar-se de uma hipótese de hardship pode, se considerar razoável:

- (a) extinguir o contrato na data e nas condições a serem fixadas, ou
- (b) adaptar o contrato a fim de restaurar o seu equilíbrio.

Insta salientar novamente que, apesar de mitigar os efeitos do brocardo jurídico *pacta sunt servanda*, a cláusula de *hardship* não o contradiz na medida em que busca a todo o tempo a criação de soluções jurídicas para se alcançar o esperado adimplemento contratual.

Como se depreende do artigo previamente transcrito, na eventualidade de as partes não chegarem a um acordo, qualquer uma delas poderá recorrer a um tribunal. Por "tribunal", assume-se que os Princípios UNIDROIT admitem o recurso ao mecanismo de resolução de disputas que tenha sido previamente acordado pelas partes no contrato, podendo ser tanto um juízo estatal quanto um tribunal arbitral.

De acordo com Valério Salgado (2011, p. 32):

(...) é importante observar as opções apresentadas pelo artigo 6.2.2(4), este determina que o juízo deverá, ou extinguir o contrato ou ajustar os seus termos. Mais uma vez, em vista de todos os princípios de manutenção contratual, em especial a boa-fé e a justa negociação, enunciados no artigo 1.7 dos Princípios, nos alinhamos ao entendimento de que **o juízo deverá primeiro buscar ajustar o contrato, extinguindo-o somente no caso de deterioração completa da relação entre as partes, caso no qual nenhuma das duas tenha interesse em continuar no acordo.**

(grifos acrescidos)

Tratando-se de *force majeure*, observa-se que suas disposições também são rígidas. Deverá ter ocorrido um impedimento além do controle das partes, e esse impedimento não poderia ser razoavelmente previsível no momento da celebração do contrato. Além disso, acrescenta-se o fato de que o impedimento não poderia ter sido evitado ou superado. Vejamos:

ARTIGO 7.1.7

(Força maior)

(1) A não execução por uma parte é desculpada se essa parte provar que o inadimplemento foi devido a um impedimento fora de seu controle e que não se poderia esperar razoavelmente que tivesse tomado o impedimento em conta no momento do celebração do contrato ou ter evitado ou superá-lo ou suas consequências.

(2) Quando o impedimento for apenas temporário, a justificativa terá efeito para tal período como é razoável tendo em conta o efeito do impedimento para o cumprimento do contrato.

(3) A parte que não cumprir com o contrato deve avisar a outra parte sobre o impedimento e seu efeito sobre sua capacidade de atuação. Se o não é recebido pela outra parte dentro de um período de tempo razoável após a parte que não conseguir

realizar sabia ou deveria saber do impedimento, é responsável pelos danos resultantes de tal não-recibo.

(4) Nada neste artigo impede uma parte do exercício do direito de rescisão do contrato ou para reter o desempenho ou solicitar juros sobre dinheiro devido.

Esse artigo não restringe o direito de terminar o contrato da parte que não tenha recebido a devida prestação. O que ele faz, onde se aplica, é exonerar a responsabilidade da parte não cumpridora da obrigação de sua responsabilidade por danos.

Percebe-se ainda que o artigo inova ao trazer a figura do impedimento temporário para os casos de *force majeure*, tendo em vista que anteriormente a *force majeure* tinha a sua aplicação limitada a um impedimento absoluto. Com isso, criou-se uma nova figura jurídica e, com ela, uma solução diferente da readequação e da resolução: a suspensão do contrato.

Não obstante, cumpre salientar que o impedimento temporário também não inibe que a parte lesada proceda à resolução contratual, mas tão somente perdoa o devedor do pagamento dos danos. Ademais, a suspensão apenas ocorre enquanto o evento de *force majeure* perdurar. Passado esse momento, em regra geral, o contrato retoma a sua eficácia (UNIDROIT, 2016).

Note-se também que a *force majeure* e a *hardship* possuem alguns requisitos em comum, quais sejam o impedimento fora do controle das partes e a imprevisibilidade do evento. Desse modo, a distinção entre a aplicação dessas cláusulas nem sempre constitui uma fórmula exata, criando zonas de fronteiras em que ambas as cláusulas poderiam ser aplicadas.

Em razão dessa semelhança, nos comentários do artigo 6.2.2 dos Princípios UNIDROIT, destacou-se a possibilidade de se existirem situações que possam ser consideradas, ao mesmo tempo, como *hardship* e *force majeure* (UNIDROIT, 2016).

Sendo esse o caso, caberá à parte prejudicada decidir qual remédio deverá ser seguido. Caso seja invocada a *force majeure*, objetiva-se a exoneração da responsabilidade pelo inadimplemento; caso seja invocada a *hardship*, tem-se a finalidade de renegociar os termos do contrato de modo a se obter a manutenção contratual.

De modo geral, o estudo dos Princípios UNIDROIT indica uma tendência do legislador de privilegiar a renegociação contratual em detrimento da resolução contratual. Para isso, são utilizadas técnicas hermenêuticas, como a disposição topográfica dos institutos e a previsão da resolução contratual em caráter subsidiário, apenas para os casos de uma renegociação infrutífera ou nos casos de um impedimento absoluto. Busca-se, desse modo, uma alternativa para os contratantes que sofreram com a onerosidade excessiva de manterem as relações contratuais, caso assim o desejarem.

4.2 A Convenção de Viena das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias (CISG)

Assim como o UNIDROIT, a Convenção de Viena das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias (CISG) também surgiu com o intuito de oferecer uma legislação uniforme em matéria contratual internacional, sob a coordenação da Comissão das Nações Unidas para o Direito do Comércio Internacional (UNCITRAL).

Até o momento, a CISG é adotada por setenta e nove países, sendo considerada a mais bem-sucedida lei uniforme sobre trocas mercantis. Permite-se, desse modo, que pessoas de todo o mundo estabeleçam relações comerciais por meio de um conjunto padrão de regras, bastando que o seu país tenha ratificado a Convenção.

Em seu artigo primeiro, a Convenção estabelece o seu escopo de aplicação, o qual se restringe aos contratos de compra e venda de mercadorias entre partes que tenham seus estabelecimentos em Estados distintos; quando Estados forem Estados Contratantes (a), ou quando as regras de direito internacional privado levarem à aplicação da lei de um Estado Contratante (b) (BRASIL, 2014).

A CISG entrou em vigor no Brasil no ano de 2014 e, desde então, possui aplicabilidade direta no território nacional. Não obstante, alguns doutrinadores sustentam que a aplicabilidade da CISG geraria uma incompatibilidade formal entre a CISG e o ordenamento jurídico nacional (VERONESE, 2019).

Esse posicionamento decorre do fato de que o artigo 9 da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (LINDB) determina que “para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem” (BRASIL, 1942). Em contrapartida, a CISG prioriza a autonomia da vontade das partes no momento da contratação (BRASIL, 2014).

As discussões acerca do princípio da autonomia da vontade das partes no que se refere à lei aplicável são extensas e complexas na doutrina brasileira (VERONESE, 2019). Por essa razão, o presente estudo não tem a pretensão de exaurir o debate acerca do tema, mas tão somente estabelecer o seu posicionamento favorável à aceitação do princípio da autonomia da vontade das partes pelo ordenamento jurídico brasileiro de modo a se restringir a incompatibilidade formal existente.

No que se refere às cláusulas de revisão ou resolução contratual, ao contrário do que se estabelece nos princípios UNIDROIT, a CISG não possui duas disposições expressas acerca de

hardship e *force majeure*. Entende-se, contudo, que a discussão acerca de ambos os institutos se concentra em um só artigo, o qual será analisado a seguir:

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 que 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 Convenção.

Compreende-se, da leitura do artigo supramencionado, que para que se tenha a isenção da responsabilidade do comprador ou do vendedor é necessário o cumprimento de três pré-requisitos: a) o impedimento deverá ser além do controle das partes; b) o impedimento deverá ser imprevisível; c) e o impedimento não poderia ser evitado ou superado. Observa-se, desse modo, que os requisitos são bem semelhantes aos previstos nos Princípios UNIDROIT.

Ademais, o artigo 79 não utiliza a denominação *hardship* nem *force majeure* em suas previsões. Não obstante, com relação a *force majeure*, a aplicação do artigo é clara, por tratar-se de um inadimplemento causado por um impedimento, o qual pode ser temporário ou absoluto, que tem por consequência a isenção da responsabilidade da parte afetada, recaindo sob o conceito previamente elucidado de *force majeure*.

Com relação a *hardship*, no entanto, as discussões acerca da previsão dessa cláusula na CISG são extensas entre os doutrinadores (GARRO, 2005). Alguns compreendem que as disposições acima transcritas tratam apenas de situações em que a obrigação é impossível, não englobando a cláusula de *hardship*. Dessa forma, seria necessário um esforço hermenêutico no

sentido de completar essa possível lacuna com os dispositivos externos previamente mencionados dos Princípios UNIDROIT (KLEPAC, 2017).

Outros defendem que, apesar de existir uma lacuna, ela poderia ser solucionada internamente com base no artigo 7 da CISG¹⁰, o qual prevê o necessário respeito à boa-fé (1) e a possibilidade de aplicação dos princípios gerais do direito que inspiraram a convenção ou, na falta destes, a aplicação de regras de direito internacional privado (2) (KLEPAC, 2017).

Há ainda o entendimento de que o dever de renegociar não deve ser imposto às partes a qualquer custo, de modo que, em situações de *hardship*, as partes deveriam incluir essa previsão no próprio contrato e tratar desses assuntos extrajudicialmente, recorrendo à CISG apenas na situação de impossibilidade, visando à extinção da obrigação (KLEPAC, 2017).

Segundo o entendimento da renomada jurista Ingeborg Schwenzer (2008, p. 725), a CISG oferece flexibilidade suficiente para alcançar resultados justos e equitativos tanto no que se refere à *force majeure* quanto à *hardship*. Esses resultados seriam capazes de garantir a segurança jurídica, a implementação da boa-fé e a negociação justa no direito comercial internacional.

Assim, conforme o entendimento da autora, o minimalismo da CISG em questões de *hardship*, na verdade, facilitaria a obtenção de soluções mais bem ajustadas às necessidades diárias do comércio internacional globalizado (SCHWENZER, 2008). Tal entendimento foi corroborado pelo CISG Advisory Council Opinion N° 20, o qual conclui pela abrangência das situações de *hardship* pela CISG¹¹ (CISG-AC Opinion N° 20, 2020).

Ao longo deste capítulo, pretendeu-se demonstrar que, mesmo com uma regulação internacional extensa, dúvidas ainda surgem com relação à aplicação e às consequências de situações de *hardship* nos contratos internacionais. Inicialmente, cumpre salientar que tanto os Princípios UNIDROIT quanto a CISG possuem escopos de aplicações específicos que, por sua vez, podem não cobrir todas as situações contratuais internacionais, de modo que a única saída para as partes seria a previsão contratual da cláusula de *hardship*.

¹⁰ O artigo 7 da CISG possui a seguinte disposição:

(1) Na interpretação desta Convenção ter-se-ão em conta seu caráter internacional e a necessidade de promover a uniformidade de sua aplicação, bem como de assegurar o respeito à boa fé no comércio internacional.

(2) As questões referentes às matérias reguladas por esta Convenção que não forem por ela expressamente resolvidas serão dirimidas segundo os princípios gerais que a inspiram ou, à falta destes, de acordo com a lei aplicável segundo as regras de direito internacional privado.

¹¹ “Hardship may be regarded as a special type of “impediment” under Article 79 CISG; all that is added on the level of prerequisites is a clarification of the term impediment.”

Além disso, mesmo nos casos em que tais diplomas jurídicos são aplicáveis, há o risco de as partes se submeterem a uma longa disputa sobre a própria questão de saber se a CISG permite uma defesa por *hardship* ou não. Nesses casos, a melhor maneira de lidar com a situação também é prevendo a própria cláusula no contrato.

5 A CONSERVAÇÃO DO NEGÓCIO JURÍDICO NO DIREITO BRASILEIRO

Após a análise dos dois diplomas jurídicos internacionais (princípios UNIDROIT e CISG) que abordam a resolução e a renegociação dos contratos em nível mundial, percebe-se que, quando não há disposição contratual a indicar quais medidas as partes deverão adotar nos casos de eventos supervenientes que alteram o equilíbrio contratual nem mesmo o estabelecimento prévio do direito aplicável à disputa, o conflito poderá ser decidido de acordo com a lei do país em que o contrato foi constituído.

Note-se, contudo, que os operadores do direito devem analisar, primeiramente, a norma em questão (como a CISG) e determinar se, de acordo com o seu próprio âmbito de aplicação, ela é aplicável ou não ao assunto em análise. É apenas quando não for este o caso que o raciocínio deve voltar-se a uma análise do conflito de leis e designar um conjunto de regras domésticas. Com o objetivo de delimitar a discussão acerca da aplicação da lei nacional ao contrato, será abordado em seguida como o sistema jurídico brasileiro lida com a conservação do contrato nos casos de alterações imprevisíveis e supervenientes das circunstâncias.

O processo de constitucionalização do direito civil brasileiro impôs a leitura dos seus institutos conforme a Constituição Federal, estabelecendo a observância das normas constitucionais também nas relações privadas. Esse processo trouxe à tona o conceito da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, que consiste na aplicação dos direitos fundamentais às relações entre particulares (SILVA, 2005).

Nesse contexto, foram incorporados ao Código Civil de 2002 os princípios da solidariedade e da boa-fé como padrões de comportamento e de interpretação dos negócios jurídicos. Por consequência, adotaram-se, dentre outros, a liberdade de contratar vinculada aos limites estabelecidos pela função social do contrato e a possibilidade de rescisão ou revisão dos contratos pela onerosidade excessiva (NANNI, 2008).

No Brasil, assim como em outros sistemas domésticos, observa-se a tendência doutrinária de utilizar a teoria da imprevisão ou a teoria da onerosidade excessiva quando se

discute a renegociação dos termos contratuais e a impossibilidade (ou dificuldade) da execução da obrigação. Insta salientar, no entanto, que essas teorias explicam a revisão do contrato dentro dos sistemas nacionais, os quais necessitam da intervenção de um terceiro no contrato para que se alcance a revisão contratual.

A título de ilustração, vejamos o seguinte julgado:

A teoria da imprevisão decorre da constatação de que o contrato, celebrado para ser respeitado e cumprido, segundo as mesmas condições existentes no momento da celebração, pode ser alterado, excepcionalmente, se ocorrerem fatos supervenientes imprevisíveis que estabeleçam o desequilíbrio entre as partes, onerando sobremaneira uma delas, com proveito indevido da outra. Nesta hipótese, incide a cláusula *rebus sic stantibus*, mediante a qual se retorna ao estado de equilíbrio anterior, afastando-se qualquer hipótese de supremacia e de vantagem indevida de uma das partes, em desfavor da outra que ficaria prejudicada. Segundo a doutrina de Orlando Gomes, "... **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.** Em síntese apertada: ocorrendo anormalidade da álea que todo contrato dependente do futuro encerra, pode-se operar sua resolução ou a redução das prestações" \ Para Cunha Gonçalves, há como que um defeito do ato jurídico (segundo o conceito do Direito Brasileiro): "...é tão injusto e imoral aproveitar um contraente, excessivamente, de circunstâncias que para o outro ou para ambos eram imprevisíveis no momento do contrato. (...)" (TJSP; Apelação Com Revisão 9142407-42.2001.8.26.0000; Relator (a): Carvalho Viana; Órgão Julgador: 3ª Câmara (Extinto 1º TAC); Foro de São Caetano do Sul - 1ª. Vara Cível; Data do Julgamento: 19/03/2002; Data de Registro: 15/05/2002). (grifos acrescidos)

A cláusula de *hardship*, ao contrário, impõe uma obrigação para que as próprias partes renegociem termos contratuais, sem qualquer intervenção de terceiros nesse processo, fazendo jus à autonomia da vontade que lhes é própria. Sob o controle exclusivo das partes e por meio de uma relação de colaboração e diligência, busca-se, de modo voluntário, a readequação do equilíbrio contratual e a efetiva execução da obrigação.

Realizada essa distinção, abordaremos em seguida alguns institutos que permeiam as discussões sobre a conservação do negócio jurídico e a justiça contratual no direito brasileiro, quais sejam, a resolução por onerosidade excessiva e a revisão judicial, a qual, como já visto, não se confunde com a cláusula de *hardship*.

Consoante já ressaltado nos capítulos anteriores, o brocardo jurídico *pacta sunt servanda* não pode ser analisado de modo absoluto, haja vista que as circunstâncias que permearam a formação dos contratos nem sempre permanecem no momento da sua execução. Conclui-se, desse modo, que a força obrigatória dos contratos sofre determinadas restrições. O

próprio Código Civil, em seu artigo 421, que sofreu recente mudança pela Lei nº 13.874/19, impõe uma restrição ao estabelecer que a liberdade de contratar será exercida nos limites da função social dos contratos (BRASIL, 2019).

Nesse sentido, a mencionada lei 13.874/19, denominada Lei da Liberdade Econômica, acrescentou mudanças importantes ao Código Civil. Cumpre destacar, de início, a adição do parágrafo único ao artigo 421, o qual estabelece que, “nas relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual”. Posteriormente, acrescentou-se também o artigo 421-A, o qual prevê, ainda que de maneira excepcional e limitada, a revisão contratual (BRASIL, 2019).

A resolução por onerosidade excessiva, por sua vez, está disposta nos artigos 478 a 480 do Código Civil. Vejamos:

Da Resolução por Onerosidade Excessiva

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

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

Art. 480. Se no contrato as obrigações couberem a apenas uma das partes, poderá ela pleitear que a sua prestação seja reduzida, ou alterado o modo de executá-la, a fim de evitar a onerosidade excessiva. (grifos acrescentados)

A partir da leitura dos dispositivos acima, percebe-se que alguns requisitos são necessários para a admissibilidade da resolução por onerosidade excessiva. São eles: o contrato de execução continuada ou diferida; a presença do fato superveniente; o acontecimento extraordinário e imprevisível; a onerosidade excessiva da prestação de uma das partes; e a vantagem extrema para outra parte (MARTINS-COSTA, 2018).

Sendo assim, cumpridos todos os requisitos, a resolução contratual dependerá do reconhecimento judicial, mediante sentença desconstitutiva do vínculo previamente estabelecido.

Em comparação com a cláusula de *hardship*, nota-se que essa previsão impõe aos contratantes um patamar muito mais difícil de ser alcançado, principalmente por determinar a necessidade de que a onerosidade excessiva de uma das partes implique necessariamente a extrema vantagem para a outra parte.

Essa disposição deu ensejo ao enunciado 365 da IV Jornada de Direito Civil, o qual estabelece que “a extrema vantagem do art. 478 deve ser interpretada como elemento acidental da alteração das circunstâncias, que comporta a incidência da resolução ou revisão do negócio por onerosidade excessiva, independentemente de sua demonstração plena”.

Observe-se, ainda, que apenas o réu (credor) terá a faculdade de modificar equitativamente as condições do contrato com vistas à sua manutenção. Ao devedor (autor), restará apenas a possibilidade de pedir a resolução do contrato. Nesse sentido, o enunciado 176 da III Jornada de Direito Civil determina que “em atenção ao princípio da conservação dos negócios jurídicos, o art. 478 do Código Civil de 2002 deverá conduzir, sempre que possível, à revisão judicial dos contratos e não à resolução contratual”.

Do mesmo modo, Antônio Junqueira de Azevedo (2009, p. 193) elucida:

Numa primeira leitura, o art. 478 dá a entender que a parte de um contrato sinalagmático, cuja prestação houver se tornado excessivamente onerosa, poderá pleitear somente a resolução do contrato, e não a sua revisão. Esta última dependeria da iniciativa da contra arte art. 479, verbis: 'A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato'. O juiz, portanto, somente poderia determinar a revisão na hipótese de o réu oferecer-se 'a modificar equitativamente as condições do contrato: Na praxe, todavia, como voltaremos a tratar nos números 11 e 13 deste relatório, uma das partes, já de início, pode pedir a revisão e, na sentença, pode o juiz rever o contrato, desde que pelo menos um dos contratantes assim tenha pedido.

Não obstante, de acordo com Francisco Marino (2020, p. 23), essa posição doutrinária não é unânime, havendo julgados tanto no sentido de se admitir o pedido revisional do devedor¹² quanto em sentido contrário¹³.

Em muitos casos, busca-se justificar o poder revisional do devedor com base no artigo 317 do Código Civil, que possui a seguinte disposição:

Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação.

Em um primeiro momento, nos parece que o artigo 317 soluciona todos os problemas decorrentes da redação controversa dos artigos 478 e 479 por não exigir a extrema vantagem

¹² TJSP, Apelação Cível 0027175-87.2010.8.26.0011, Rel. Hugo Crepaldi, 25ª Câmara de Direito Privado, julgado em 04/09/2014.

¹³ TJSP, Apelação Cível 1020742-98.2015.8.26.0003, Rel. Carlos Goldman, 16ª Câmara de Direito Privado, julgado em 15/08/2017.

para a outra parte contratante e por permitir que qualquer uma das partes solicite ao juiz a revisão contratual.

No entanto, o alcance do artigo 317 é alvo de diversas discordâncias doutrinárias, as quais se dão essencialmente por dois motivos. Inicialmente, porque a sua redação durante a tramitação do projeto do Código Civil, em várias ocasiões, referiu-se expressamente à “desvalorização da moeda”¹⁴. Em segundo lugar, em virtude da existência de outros artigos no Código Civil que já se referem à revisão contratual e, portanto, seriam suficientes por si só para tratarem da matéria (MARINO, 2020).

Nas palavras de Anderson Schreiber (2018, p. 248), o artigo 317 tornou-se uma “espécie de puxadinho hermenêutico dos artigos 478 a 480”, sendo “empregado em uma interpretação corretiva dos arts. 478 a 480, para garantir a revisão mesmo na hipótese dos contratos bilaterais, ao contrário do que sugeriria a leitura isolada daqueles dispositivos”.

Para alguns doutrinadores, o conteúdo introduzido pelo artigo 317 não poderia ser relacionado à revisão contratual, pois as possibilidades juridicamente cabíveis para esses casos estariam dispostas nos artigos 478 a 480, determinando que a regra geral para os casos de onerosidade excessiva seria a resolução do contrato. Segundo esse posicionamento, o artigo 317 relacionar-se-ia tão somente às correções das dívidas de valor e de dinheiro, enquanto os artigos 478 a 480 tratariam da revisão e da resolução contratual (MARINO, 2020; ASCENSÃO, 2006).

Outra parte da doutrina compreende que não caberia uma interpretação histórica do artigo. Segundo essa doutrina, independente da motivação inicial do anteprojeto, o texto vigente abordaria qualquer hipótese de desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, desde que motivada por fatos imprevisíveis (SCHREIBER, 2018; AGUIAR JÚNIOR, 2011).

Diante da generalidade do artigo 317, a revisão contratual seria empregada mesmo nas hipóteses dos artigos 478 a 480. Sendo assim, o artigo 317 acabaria por ampliar o alcance dessas previsões com vistas à manutenção do contrato.

O estudo desses dispositivos demonstra que, apesar de a legislação não se fazer clara em algumas circunstâncias, são cada vez mais comuns os esforços doutrinários por parte da

¹⁴ A redação do artigo 317, durante a tramitação do anteprojeto do Código Civil, era a seguinte: “quando, pela desvalorização da moeda, ocorrer desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento da execução, o juiz determinará a correção monetária, mediante aplicação dos índices oficiais, por cálculo do contador”.

comunidade jurídica, a exemplo dos enunciados das Jornadas de Direito Civil, no sentido da preservação do contrato, restaurado o seu equilíbrio econômico.

Desse modo, ainda que se sustente a não aplicação do artigo 317 nos casos de revisão ou resolução contratual, observa-se a frequente relativização dos requisitos presentes nos artigos 478 a 480 acerca da exigência da extrema vantagem para a outra parte contratante e da possibilidade exclusiva para o credor de pedir a revisão judicial com o objetivo de se alcançar a preservação do contrato.

Apesar de os conceitos de força maior e de revisão contratual estarem presentes em grande parte dos sistemas jurídicos nacionais, assim como no brasileiro, os princípios desenvolvidos em cada um desses sistemas, as compreensões do tema por parte da doutrina e os entendimentos jurisprudenciais podem chegar a resultados diferentes daqueles almejados pelos contratantes.

Por derradeiro, a elaboração de um contrato de longa duração demanda um pouco mais de cautela para que os contratantes não se sujeitem às mudanças socioeconômicas nem às mudanças dos entendimentos jurisprudenciais, causadores, por vezes, de insegurança jurídica. Nesses casos, a mera mudança de entendimento de um tribunal poderia causar danos sérios às partes que depositavam as suas esperanças em uma decisão em sentido contrário.

Ademais, a adaptação contratual realizada por um tribunal retira das partes a possibilidade de encontrarem uma solução para o seu próprio problema. Muitas vezes, o magistrado responsável por julgar a causa não terá os conhecimentos técnicos e específicos relacionados ao contrato submetido a julgamento pelas partes, devendo recorrer à análise de um *expert* que nem sempre chegará ao resultado mais justo e coerente.

Sendo assim, o paternalismo estatal, por vezes, inviabiliza ou dificulta a realização de interesses jurídicos merecedores de tutela, razão pela qual passa a dar lugar a instrumentos jurídicos que contam cada vez mais com a participação das partes, conferindo a elas maior espaço para defender seus interesses (SALLES, 2019).

Aconselha-se, desse modo, independente das previsões expressas dos códigos nacionais, que os contratantes busquem, sempre que possível, soluções autônomas e independentes, estipulando a cláusula de *hardship* no próprio contrato. Essa cláusula de renegociação é capaz de conferir maior proteção para os contratantes e maior liberdade para decidirem os rumos da relação contratual, fundada na autonomia da vontade, sem depender das particularidades das legislações nacionais.

6 COVID-19: CLÁUSULA DE HARDSHIP OU FORCE MAJEURE?

Ante todo o exposto, o contexto da crise eclodida pela pandemia do Coronavírus (Covid-19) ao redor de todo o mundo, nos anos de 2019 e 2020, deu origem a questionamentos acerca da aplicação das cláusulas de *hardship* e de *force majeure* nos contratos firmados em momento anterior à superveniência desse fato imprevisível.

Nesse sentido, a Câmara de Comércio Internacional (*International Chamber of Commerce*), uma organização internacional não governamental que trabalha para promover e assessorar o comércio internacional e a globalização, emitiu, em março de 2020, um documento atualizado elucidando as aplicações de *force majeure* e de *hardship* nos contratos de comércio internacional, através de suas cláusulas-modelo.

A principal característica dessas disposições consiste no fato de as cláusulas-modelo poderem ser incorporadas pelas partes que optarem, em razão de sua facilidade, por incorporar uma cláusula pré-existente em vez de negociar as cláusulas por si próprias.

O documento previu, ainda, alguns eventos que, regra geral, ensejariam a aplicação da cláusula de *force majeure* de forma presumida, estando, dentre essas disposições, a definição de epidemia. Nesses casos, as partes estariam isentas de demonstrar que tais eventos estavam fora de seu controle e que eram imprevisíveis, tendo que provar, tão somente, que os efeitos do impedimento não poderiam razoavelmente ter sido evitados ou superados (ICC, 2020).¹⁵

Não obstante, cumpre salientar que a epidemia, ou a pandemia, por si só, não exonera a responsabilidade dos contratantes nem autoriza a renegociação dos termos contratuais. A parte que invocar a cláusula *force majeure* estará isenta de cumprir com suas obrigações contratuais, bem como de sua responsabilidade por eventuais danos, desde que comprove que o impedimento causou a impossibilidade de se cumprir o contrato e que a notificação acerca dessa impossibilidade seja realizada dentro de um prazo razoável.

O que se analisa, nesses casos, são as consequências concretas da pandemia no contrato, não sendo possível uma generalização em abstrato. Logo, não se admite que alguma das partes solicite a renegociação dos termos contratuais ou a exoneração da responsabilidade de cumprir a obrigação sem que ela tenha sofrido os efeitos do evento imprevisível, destacando-se a importância de que as negociações procedam com respeito ao princípio da boa-fé.

¹⁵ Mais informações acerca das cláusulas modelo de *hardship* e de *force majeure* da ICC estão disponíveis em: <http://iccbrasil.org/media/uploads/2020/04/30/forca-maior-e-hardship.pdf>. Acesso em: 18/07/2020.

A título de ilustração, iremos analisar em seguida alguns dos eventos causados pela pandemia do coronavírus, bem como o seu enquadramento como *force majeure* ou *hardship*.

No caso do fechamento de uma fábrica em razão da situação de pandemia, o vendedor dos produtos está evidentemente impedido de proceder com as relações jurídico-contratuais anteriormente acordadas, tendo em vista que está incapacitado de fabricar a mercadoria e, portanto, de fornecê-la. Essa circunstância consiste claramente em um evento além do controle do vendedor, sendo, portanto, enquadrada como *force majeure*.

O mesmo ocorre na situação em que a exportação de determinado produto está proibida pelo Estado, tendo em vista que o vendedor está impedido de exportar a sua mercadoria para outro destino. Esse foi o caso, principalmente, dos exportadores de equipamentos de proteção individual (EPI), os quais se viram impedidos de comercializar esses produtos para fora do país, em razão da necessidade do próprio mercado interno de se proteger. Caracteriza-se, portanto, como *force majeure*.

Por outro lado, uma falha na cadeia de suprimentos — a qual nada mais é do que os diversos caminhos pelos quais os produtos percorrem, desde a retirada da matéria-prima até a entrega ao consumidor final — geralmente não consiste em um impedimento além do controle do vendedor. Considera-se, nesses casos, que eventuais transtornos são previsíveis. Sendo assim, um dos requisitos essenciais para a caracterização tanto de *force majeure* quanto de *hardship* não estaria sendo atendido, não cabendo a aplicação de nenhuma dessas cláusulas.

Outra discussão comum se dá acerca do aumento dos custos. Certamente, o aumento dos custos, por si só, não impossibilita a execução da obrigação, não dando ensejo à *force majeure*. Não obstante, quando esse aumento for substancial, de modo que não se poderia prever antecipadamente, essa discussão pode ser realizada por meio da cláusula de *hardship*, tendo em vista que o aumento dos custos tornou a execução da obrigação excessivamente onerosa para a parte.

Esses exemplos demonstram que não é possível generalizar a aplicação das cláusulas *force majeure* ou *hardship* nem mesmo nos casos em que a “epidemia” consta como causa presumida de força maior no contrato. Será necessário analisar, de acordo com o caso concreto, quais os efeitos da pandemia no contrato e de que modo a parte foi afetada, seja por um impedimento absoluto, seja pela excessiva dificuldade. Apenas mediante essa análise será possível definir qual cláusula, ou até mesmo se nenhuma das cláusulas, será aplicável ao contrato.

7 CONCLUSÃO

As partes envolvidas em contratos comerciais internacionais frequentemente estão sujeitas a eventos que ocasionam uma alteração superveniente nas circunstâncias que ensejaram a formação dos contratos. Esses eventos nem sempre tornam o cumprimento da obrigação impossível, mas podem impor uma excessiva dificuldade para uma das partes, ou para ambas, de adimplirem com o compromisso previamente firmado.

Ao longo do presente trabalho, ressaltou-se que a rigidez dos contratos, conforme preconizado pelo *pacta sunt servanda*, frequentemente destoa da realidade fática, à qual todos estão submetidos, haja vista a possibilidade de mudanças socioeconômicas, avanço de novas tecnologias, ocorrência de catástrofes ambientais, surgimento de novas doenças, dentre outros fatores, os quais podem alterar consideravelmente a forma como as pessoas se relacionam.

Nesse contexto, surgiram cláusulas capazes de mitigar os efeitos do brocardo jurídico *pacta sunt servanda*, tais como as cláusulas de *hardship* e *force majeure*, as quais, como já visto, se diferenciam com relação ao seu escopo e à sua aplicação.

Diante de todas essas situações, torna-se claro que as mudanças inesperadas das circunstâncias são inevitáveis. Aos contratantes cabem, portanto, a responsabilidade e a diligência de estarem preparados para essas mudanças quando elas surgirem.

Nesse contexto, o dever de renegociar consiste em um dever de conduta em prol da conservação do negócio jurídico diante de fatos supervenientes que tenham alterado, substancialmente, as circunstâncias iniciais do contrato. Insta salientar, contudo, que o dever de renegociar surge como uma obrigação de meio, mas não de resultado.

Isso significa que as partes deverão se pautar nos deveres de lealdade e de boa-fé, na busca de melhor atender aos seus interesses comuns, mas não são obrigadas a manter o contrato a qualquer custo. A conservação se dará apenas nos casos em que a manutenção contratual ocorra em respeito à autonomia da vontade dos contratantes. A renegociação, como qualquer forma de negociação, tem de se basear na vontade e na confiança. Sendo assim, nem sempre a manutenção do contrato é a melhor saída para as partes.

O objetivo do presente estudo é demonstrar a importância de que sejam oferecidos mecanismos concretos e eficientes para que os contratantes que desejam manter suas relações contratuais possam fazê-lo, do modo como desejarem, trazendo uma alternativa à resolução do

contrato por *force majeure*. Nos casos em que a renegociação é possível e desejável, ela constitui a melhor opção para as partes, em detrimento da resolução contratual precoce.

As soluções apresentadas pelos diplomas jurídicos internacionais para tratar do desequilíbrio econômico do contrato, regra geral, oferecem mecanismos justos e eficientes, o que nem sempre se verifica nos diplomas jurídicos nacionais. De qualquer modo, é possível concluir que todas as legislações, sejam elas nacionais ou não, podem ser alvo de controvérsias. Podem existir, por exemplo, lacunas ou mudanças de posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais, as quais deixam os contratantes a mercê de terceiros, tais como o magistrado ou o tribunal arbitral, e podem conduzir a decisões menos justas.

Conforme visto durante o presente estudo, a previsão da cláusula de *hardship* no próprio contrato é a única maneira totalmente eficaz de garantir a possibilidade de revisão contratual, pois, com essa previsão, não seria necessária a análise do escopo de aplicação dos tratados internacionais, das previsões jurídicas das legislações nacionais e internacionais nem dos entendimentos doutrinários sobre o tema.

Por meio dessa cláusula, pretende-se resolver os problemas ocasionados por alterações relevantes nas circunstâncias que ensejaram a formação do negócio jurídico, através da adaptação dos contratos às novas situações fáticas e jurídicas. Além disso, a cláusula de *hardship* busca restaurar o equilíbrio econômico do contrato, por meio de uma relação de colaboração, diligência, solidariedade e boa-fé, garantindo a justiça contratual.

Reitere-se, ainda, que a cláusula de *hardship* privilegia a autonomia da vontade dos contratantes ao impor, por si só, um dever de renegociação que emana das próprias partes, direcionando-se a elas mesmas, sem qualquer intervenção de terceiros.

Conclui-se, desse modo, que a cláusula de *hardship* constitui um instrumento adequado para a conservação do negócio jurídico no direito contratual internacional ao garantir o respeito à autonomia da vontade dos contratantes e a busca por uma visão de contrato capaz de se adequar às mudanças socioeconômicas, mediante a reparação de eventual desequilíbrio no contrato, sempre com o objetivo maior de assegurar a justiça contratual.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Comentários ao Novo Código Civil: da Extinção dos Contratos**, vol. VI, tomo II. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). **Comentários ao Novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

ALEMANHA. **Bürgerliches Gesetzbuch**. Bürgerliches Gesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. Januar 2002 (BGBl. I S. 42, 2909; 2003 I S. 738), das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 12. Juni 2020 (BGBl. I S. 1245) geändert worden ist.

ARAÚJO, Nádia de. **Contratos internacionais**, 4ª ed., rev. e amp. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Alteração das circunstâncias e justiça contratual no novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Revista Trimestral de Direito Civil, n.25, p.93-118, 2006.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Novos Estudos e Pareceres de Direito Privado**. São Paulo: Saraiva, p. 182-198, 2009.

BAPTISTA, Luiz Olavo. **Contratos internacionais**. São Paulo: Lex Editora, 2010.

BAPTISTA, Luiz Olavo. **O risco nas transações internacionais: problemática jurídica e instrumentos (de defesa)**. In Revista de Direito Público, nº 66. São Paulo: Malheiros, p. 265-273, 1983.

BASSO, Maristela. **A autonomia da vontade nos contratos internacionais do comércio**. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, v. 12, n. 12, p.98-211, 1996.

BATISTA, Neimar. **A constitucionalização do direito civil e suas repercussões nas relações contratuais**, 2015. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/a-constitucionalizacao-do-direito-civil-e-suas-repercussoes-nas-relacoes-contratuais/>>. Acesso em: 01 jul. 2020

BRASIL. **Decreto nº 8.327**, de 16 de outubro de 2014. Promulga a Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias - Uncitral, firmada pela República Federativa do Brasil, em Viena, em 11 de abril de 1980. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/decreto/D8327.htm>. Acesso em: 02 jun. 2020.

BRASIL. **Decreto-lei nº 4.657**, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 4 de setembro de 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm>. Acesso em: 22 jul. 2020.

BRASIL. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 22 jul. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.874**, de 20 de setembro de 2019. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 20 set. 2020. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm>. Acesso em: 22 jul. 2020.

COSTA, José Augusto Fontoura; NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. **As cláusulas de força maior e de hardship nos contratos internacionais**. Revista dos Tribunais Online. 2011. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5155680/mod_resource/content/1/forca_maior_RDM.pdf>. Acesso em: 22 jul. 2020.

CISG-AC Opinion No. 20. **Hardship under the CISG**. Rapporteur: Prof. Dr. Edgardo Muñoz, Universidad Panamericana, Guadalajara, Mexico. Adopted by the CISG Advisory Council following its 27th meeting, in Puerto Vallarta, Mexico on 2 – 5 February, 2020.

FIUZA, César. **Aplicação da cláusula rebus sic stantibus aos contratos aleatórios**. Brasília: Revista de informação legislativa, v. 36, n 144, 1999.

FRAZÃO, Ana. **Existe um dever de renegociar?** Dificuldades do reconhecimento de um dever de renegociar amplo e aplicável a todos os contratos paritários e em todas as situações. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/existe-um-dever-de-renegociar-17062020>>. Acesso em: 07 out. 2020.

GARCEZ, José Maria Rossani. **Contratos Internacionais Comerciais**. São Paulo: Saraiva, 1994.

GARRO, Alejandro M. **Comparison between provisions of the CISG regarding exemption of liability for damages (Art. 79) and the counterpart provisions of the UNIDROIT principles (Art. 7.1.7)**. 2005. Disponível em: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/principles/uni79.html>>. Acesso em: 02 out. 2020.

GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin. **Favor contractus**: alguns apontamentos sobre o princípio da conservação do contrato no Direito positivo brasileiro e no Direito comparado. Revista do Instituto do Direito Brasileiro da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, v. 1/2013, p. 475-542, 2013.

GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin. **Uma leitura da contemporaneidade contratual**: lesão, cláusula de Hardship e a conservação do contrato. Curitiba: Juruá, 2008.

GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin; DOS SANTOS, Thaysa Prado Ricardo. **A cláusula de Hardship e o equilíbrio contratual** – Uma fórmula de justiça e democracia contratual? Disponível em: <http://www.fredericoglitz.adv.br/upload/tiny_mce/CAPITULOS_DE_LIVROS/GLITZ_PRADO_-_Cláusula_de_hardship_e_equilibrio_contratual.pdf>. Acesso em: 07 de jun. 2020.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

GOMES, Orlando. **Novíssimas questões de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, p. 187-188, 1984.

INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE. **ICC Force Majeure Clause and Hardship Clause 2020**. Disponível em: <<https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2020/03/icc-force majeure-hardship-clauses-march2020.pdf>>. Acesso em: 25 mai. 2020

KESSEDJIAN, Catherine. **Competing Approaches to Force Majeure and Hardship**. Université Pantheon-Assas Paris II, France: International Review of Law and Economics 25, p 415-433, 2005.

KLEPAC, Lovro. **The Availability of a Hardship Defense under the UN Convention on Contracts for the International Sales of Goods (CISG)**. Central European University, 2017.

KONARSKI, Hubert. **Force Majeure and Hardship Clauses in International Contractual Practice**. 2003. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/284968473_Force_Majeure_and_Hardship_Clauses_in_International_Contractual_Practice> Acesso em: 25 mai. 2020.

LEITE, Carlos Alberto Moura. **Teoria da imprevisão – Coronavírus**. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/322291/teoria-da-imprevisao-coronavirus>>. Acesso em: 02 jul. 2020

MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. **Revisão Contratual: onerosidade excessiva e modificação contratual equitativa**. São Paulo: Almedina, 2020.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação**, 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MOREIRA, Carolina Xavier da Silveira. **O dever de renegociar em contratos de longa duração**. 219 f. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2019.

MOREIRA ALVES, José Carlos. **A formação do contrato obrigatório: suas raízes romanas**. Revista da Faculdade de Direito da USP, São Paulo, v. 93, 1998.

MOSER, Luiz Gustavo Meira. **A cláusula de hardship e o contrato interno e internacional**. Revista Eletrônica de Direito Internacional, v. 2, p. 81-108, 2008.

NANNI, Giovanni Ettore. **A evolução do direito civil obrigacional: a concepção do direito civil constitucional e a transição da autonomia da vontade para a autonomia privada**. In: LOTUFO, Renan (Coord.). Curitiba: Juruá, 2008.

PRADO, Maurício C. A. **Novas perspectivas do reconhecimento e aplicação do hardship na jurisprudência arbitral internacional**. São Paulo: Revista Brasileira de Arbitragem, n.2, p. 32-60, 2004.

PRADO, Maurício C. A. **Interpretação e aplicação da regra de “Exoneração” da Convenção de Viena (1980)**. Disponível em: <<http://www.cisg-brasil.net/doc/Art%2079%20-%20CISG%20WEBSITE%20-%202004%20maio.pdf>>. Acesso em: 16 jun. 2020

RABELO, Sofia Miranda; MARTINS, Guilherme Vinseiro. **Notas sobre o dever de renegociar nos contratos empresariais de colaboração**. Belo Horizonte: Revista Brasileira de Direito Civil, v. 24, p. 43-58, abr./jun. 2020

SALGADO, Valério. **Força Maior e Hardship na Convenção De Viena (CISG) e nos Princípios Unidroit**: uma abordagem prática. USP. 2011. Disponível em: <<http://cisgbrasil.dominiotemporario.com/doc/vsalgado1.pdf>>. Acesso em: 23 jul. 2020

SALLES, Raquel Bellini de Oliveira. **Autotutela nas Relações Contratuais**. Rio de Janeiro: Processo, 2019.

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

SCHWENZER, Ingeborg; MUÑOZ, Edgardo. **Duty to renegotiate and contract adaptation in case of hardship**. Uniform Law Review, Volume 24, Issue 1, p. 149–174, 2019.

SCHWENZER, Ingeborg. **Force Majeure and Hardship in International Sales Contracts**. VUWLR, v. 39, 2008.

SHAKESPEARE, William. **The Merchant of Venice**. Londres: Collector's Library, 2011.

SILVA, Luis Virgilio Afonso da. **A constitucionalização do direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2005.

STRENGER, Irineu. **Contratos internacionais do comércio**. 4ª ed. São Paulo: LTr, 2003.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**: teoria geral dos contratos e contratos em espécie, v. 3, 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

TUCCI, Rogério Lauria Marçal. **Alterações imprevisíveis das circunstâncias: impactos contratuais**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-abr-01/rogerio-tucci-alteracoes-imprevisiveis-circunstancias>>. Acesso em: 02 jul. 2020

UNIDROIT. **UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts**, 2016. Disponível em: <<https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2016>>. Acesso em: 05 out. 2020

VERONESE, Lígia Espolaor. **A Convenção de Viena e seus reflexos no direito contratual brasileiro**. São Paulo: Almedina Brasil, 2019.