

CLÁUSULA DE *HARDSHIP* E SEU PAPEL EM CONTRATOS COMERCIAIS

Hardship clause and its role in commercial contracts

KOS, Ingridy Laura Raifur¹
TEIXEIRA, João Ricardo Ribas²

Resumo: Em tempos de instabilidade econômica e incertezas no cenário internacional, faz-se necessário o estudo de instrumentos jurídicos que visem a proteção das partes dentro de um contrato. O presente trabalho tem como objetivo expor os conceitos das cláusulas revisionais, em se tratando principalmente da cláusula de *hardship* no âmbito dos contratos comerciais no cenário do direito internacional, sendo esse pautado no princípio da autonomia das vontades. A citada cláusula é estudada como instrumento para trazer mais segurança aos contratos internacionais em tempos de crise econômica, com enfoque no Brasil, com uma breve análise sobre os efeitos da pandemia de Covid-19, afim de reestabelecer o equilíbrio contratual entre as partes. Para a delimitação dos conceitos, utilizou-se como fonte pesquisa o *Google Scholar* e a biblioteca da instituição, por meio dos quais concluiu-se que, considerada como um instrumento de revisão contratual, a Cláusula de *Hardship* terá aplicação quando um evento imprevisível e inevitável, exterior à vontade das partes, gere grande dificuldade na execução do contrato, devido à onerosidade excessiva para uma das partes com o objetivo de o retornar o equilíbrio da obrigação, assegurando continuação do contrato e diminuindo os riscos de inadimplemento.

Palavras-chave: Direito Empresarial; Direito Comercial; Direito Internacional; Contratos; e *Hardship*.

Abstract: *In times of economic instability and uncertainty on the international stage, it is necessary to study legal instruments aimed at protecting the parties within a contract. The present work aims to expose the concepts of the revision clauses, mainly dealing with the hardship clause in the scope of commercial contracts in the international law scenario, which is based on the principle of autonomy of wills. The aforementioned clause is studied as an instrument to bring more security to international contracts in times of economic crisis, with a focus on Brazil, with a brief analysis of the effects of the Covid-19 pandemic, in order to reestablish the contractual balance between the parties. To delimit the concepts, we will use Google Scholar and the institution's library as a research source, through which it was concluded that, considered as an instrument of contractual review, the Hardship Clause will be applied when an unpredictable and inevitable event, outside the will of the parties, generates great difficulty in the execution of the contract, due to the excessive cost for a the parties in order to return the balance of the obligation, ensuring continuation of the contract and reducing the risk of default.*

Keywords: *Business Law; Commercial law; International Law; Contracts; and Hardship*

¹ Direito, 10.o período, Centro Universitário Campo Real. E-mail: llr.kos@hotmail.com

² Professor orientador do Centro Universitário Campo Real. E-mail:

² Professor orientador do Centro Universitário Campo Real. E-mail: prof_joaoricardo@camporeal.edu.br

1. INTRODUÇÃO

Diante da globalização, do aumento no consumo de produtos oriundos do exterior e das relações comerciais de empresas de vários países, a busca por um número maior de mercado consumidor impulsiona o fortalecimento do comércio internacional e com isso depara-se com uma diversidade não apenas cultural, mas também legislativa, e por consequência, uma nova estrutura jurídica se fez necessária, levando em conta as divergências entre os regimes jurídicos de cada país, alterações na economia mundial, crises econômicas, impostos, movimentos sociais, dentre outros fenômenos econômicos, políticos e sociais sendo necessário aplicar mais de uma lei nacional, por vezes, uma regra internacional, ou mesmo o Direito Consuetudinário que é o direito que surge dos costumes de uma certa sociedade, não passando por um processo formal de criação de leis, no qual um poder legislativo cria leis, emendas constitucionais, medidas provisórias etc (NOVO, 2020).

Por conta dessa dificuldade, o direito do comércio internacional, que tem como maior princípio regente o da Autonomia da Vontade, o qual determina que o contrato é firmado sob a vontade, sem vício, com as obrigações determinadas pelas partes (GOMES, 2008).

Nesse contexto, uma das técnicas utilizadas para alcançar o objetivo estabelecido nas relações contratuais comerciais, foi a aplicação das cláusulas revisionais, sendo uma delas a cláusula de *Hardship*, que garante que às partes envolvidas nesse contrato possam reavaliar as obrigações contraídas inicialmente e suas condições de execução na ocorrência de fatos econômicos, políticos ou sociais que modifiquem substancialmente as circunstâncias iniciais do contrato, alterando o seu equilíbrio, de forma que o cumprimento se torne impossível ou extremamente oneroso (RABELO, 2015).

Com o intuito de atender as propostas do plano de trabalho, busca-se no presente artigo analisar a aplicação do princípio da Autonomia da Vontade, Teoria da Imprevisão e Força Maior e da Cláusula de *Hardship* nos contratos empresariais. Ainda, levando em conta o cenário econômico atual, apresentar como essas teorias trazem segurança durante a crise econômica.

Para tanto, o ponto inicial do estudo foi a delimitação dos conceitos das teorias supracitadas. Isso faz-se necessário tendo em vista a importância desses

institutos para o direito empresarial e contratual, não só no direito brasileiro, mas, principalmente no direito internacional.

Diante da instabilidade da economia global, atualmente intensificada pela crise do coronavírus, torna-se relevante esclarecer como amenizar/atenuar essa incerteza dentro das relações comerciais internacionais que são feitas por meio de contratos baseados no direito civil e no direito internacional. Diante disso, o presente estudo visa responder a seguinte questão de pesquisa: **Qual o papel da Cláusula de *Hardship* e como ela pode contribuir para proteger as relações comerciais internacionais em situações de crise?**

Estudar os efeitos dessa cláusula, agregar mais conhecimento científico para esse assunto, entender quando e como ela funciona nas relações internacionais é o objetivo geral da presente pesquisa. E, ainda, tendo em vista que o tema Cláusula de *Hardship* não foi objeto de estudo dentro do Centro Universitário Campo Real, percebe-se a importância e responsabilidade de dar início à pesquisa deste assunto. E, com isso, abrir portas e espaço para que os próximos alunos do curso de Direito deem continuidade na pesquisa desse tema, uma vez que é um tema amplo que abre espaço para artigos científicos, monografias e até estudos de caso.

2. REFERENCIAL TEÓRICO

2.1 BREVE ANÁLISE DO CENÁRIO ECONÔMICO BRASILEIRO (2000-2017)

A situação da economia em que se vive no Brasil nos últimos anos traz um cenário claro de crise, a qual traz consigo vários fatores que afetam a condição financeira nacional e internacional, além da recessão econômica, a insegurança dos investidores e ainda a incerteza que se dá nas relações contratuais.

Se observado o Produto Interno Bruto (PIB) desde o início dos anos 1980, nota-se que a economia brasileira tem um comportamento de *stop-and-go*, alternando pequenos ciclos de crescimento com desaceleração econômica (PAULA; PIRES, 2017). Segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), no ano 2000 o PIB cresceu 4,3%; já entre 2001 e 2003 houve uma forte desaceleração, pois o PIB cresceu a uma taxa média de 1,7% ao ano; entre 2004 e 2008, a economia brasileira cresceu a uma média anual de 4,8%; em 2009 houve uma breve

recessão devido ao contágio da crise mundial; em 2010 a economia cresceu 7,6%, vindo a desacelerar em 2011/2014 para 2,4% a.a. em média; e em 2015-2016 a economia entrou em forte e prolongada recessão, com crescimento negativo médio de -3,7% a.a. (IBGE , 2020).

A discussão sobre as causas dessa desaceleração econômica e da recessão que a seguiu estão sempre na mídia e gerando discussões, passando por interpretações que atribuem a crise às políticas intervencionistas implementadas recentemente (PAULA; PIRES, 2017).

Segundo Barbosa Filho (2017), a crise resulta de um conjunto de choques de oferta e de demanda. O conjunto de políticas adotadas a partir de 2011/2012, conhecido como Nova Matriz Econômica (NME), foi uma aposta do governo na tentativa de crescimento e de impulsionar a oferta e demanda agregada de bens, a qual envolvia a redução da Selic, desvalorização cambial e isenções fiscais, entretanto, não teve o resultado esperado e reduziu a produtividade da economia brasileira.

Em 2013-2014, para compensar a política monetária restritiva, o governo continuou a expandir os gastos públicos e, em consequência, o resultado fiscal primário caiu de 1,7% do PIB em 2013 para -0,6% do PIB em 2014 (PAULA; PIRES, 2017).

A partir do final de 2014 há uma nova redução na economia brasileira, ocasionando uma drástica diminuição nas vendas no mercado varejista. Em 2015-2016 a economia sofreu uma série de choques, deterioração dos termos de troca, ajuste fiscal, crise hídrica, desvalorização da moeda, o aumento da taxa de juros Selic etc., que contribuíram para reduzir ainda mais o crescimento econômico, que desacelerou acentuadamente para -3,6% em média no período (PAULA; PIRES, 2017).

Outros efeitos secundários aprofundaram a recessão como o aumento da taxa de juros, aumento do desemprego, a queda da renda, a contração do mercado de crédito e a redução dos investimentos públicos (PIRES, 2016).

2.2 PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE

O Princípio da Autonomia da Vontade, no geral, preceitua que as partes são livres para contratar conforme melhor lhes parecer, escolhendo seus

instrumentos e cláusulas contratuais e que sendo a sua manifestação de vontade livre de vícios, deve ser respeitada (LACERDA, 2005).

Segundo Rabelo (2015), o Princípio da Autonomia da Vontade teve sua aplicação fixada no momento da escolha da lei aplicável ao determinado contrato, época em que as cortes começaram a aceitar a vontade das partes contratantes. É, em suma, a lei que as partes pretendem aplicar ao contrato em desenvolvimento.

A autonomia da vontade é uma das mais importantes sustentações dos contratos internacionais, dando maior espaço para que se atinja o objetivo da *lex mercatoria*, ou seja, a liberdade de atuação no sentido de alcance definitivo dos seus próprios instrumentos jurídico-formais (STRENGER, 2005).

Por autonomia entende-se a possibilidade de autogovernar-se, de estabelecer suas próprias normas, livre de subordinação. Segundo os dizeres de Strenger (2005, p.614):

Na sucinta e expressiva conceituação de Santi Romano, deve-se entender por autonomia, em sentido subjetivo, o poder de dar a si próprio ordenamento que as pessoas para si mesmas constituem e que se distingue dos ordenamentos constituídos para elas, mas por outrem, aos quais se contrapõe.

Ante o exposto, observa-se que o Princípio da Autonomia da Vontade é definido pela faculdade concedida aos contratantes de estipularem livremente o conteúdo do contrato, com base no acordo de vontades, buscando alcançar os seus interesses e o cumprimento da obrigação, desde que estes estejam de acordo com a norma jurídica. Tal liberdade envolve o poder de decisão entre: contratar ou não contratar, com quem contratar e sobre o que contratar.

Sendo o contrato fruto da manifestação da vontade livre e soberana das partes, deve ser cumprido por elas, não podendo fugir às suas consequências, a não ser com a anuência do outro contratante. Tal ideia resume-se no princípio da obrigatoriedade contratual, ou, como é denominado classicamente, *pacta sunt servanda* (os pactos devem ser cumpridos) (GOMES, 2008).

2.3 *PACTA SUNT SERVANDA*

A *Pacta Sunt Servanda* é um princípio que norteia a atividade de contratar. Ela assegura que o contrato é lei entre as partes e que, por isso, deverá

sempre ser respeitado e cumpridas as obrigações estipuladas nele (LACERDA, 2005).

Para Oliveira (1991, pg. 18) o princípio do *Pacta Sunt Servanda* traz que “realmente, uma vez observadas as exigências legais, querendo isto dizer, possuindo o contrato um teor válido, as partes não podem dele mais se depreender, tornando-se obrigatório sua observância”.

Oliveira (1991, pg. 19) complementa que:

Há como que uma equiparação entre a lei e o contrato, no que concerne à sua força coercitiva. Entre o contrato e lei observam-se certos pontos de perfeita correspondência, exceto na extensão de sua eficácia, pois, enquanto a lei é uma ordem geral, destinada a uma coletividade, o contrato tem efeitos limitados às próprias partes contratantes. Dessa equiparação do contrato à lei, nasceu o princípio: *pacta sunt servanda*.

Quando se fala de contratos, não há como deixar de lado o assunto do Princípio da Autonomia da Vontade e *Pacta Sunt Servanda*. Todavia, as cláusulas contratuais devem ser observadas, sujeitando as partes do mesmo modo que as normas jurídicas, com isso, levando em conta também o princípio do equilíbrio contratual, o qual menciona que a força obrigatória do contrato encontra limites no equilíbrio, equilíbrio esse encontrado através das cláusulas revisionais, como defende a cláusula *Rebus Sic Stantibus*.

2.4 *REBUS SIC STANTIBUS*

Durante muito tempo na história do direito contratual mantinha-se a ideia da autonomia das partes quando da celebração dos contratos, sendo assim, uma vez firmados, adquiriam força de lei e deviam ser pontualmente cumpridos, mesmo ocorrendo fato imprevisível superveniente que viesse alterar a realidade sobre a qual foi pactuada a obrigação (SILVEIRA, 2014).

Com o advento de revoluções políticas e econômicas, duas guerras mundiais e outros fatos no século XVII que geraram grandes desequilíbrios contratuais que refletiam diretamente nos contratos celebrados na época, surgiu a cláusula *Rebus Sic Stantibus*, o instituto que regulamenta e dá embasamento para as demais cláusulas de revisão contratual, esta que segundo a tradução de Zunino Neto (1999), pode ser lido como “enquanto as coisas estiverem assim”.

O princípio *Rebus Sic Stantibus* determina que o contrato e suas obrigações são válidos enquanto as circunstâncias permanecerem como estavam no momento de formação do mesmo, ou seja, se algo alheio à vontade das partes modificar as circunstâncias e dificultar a realização de determinada obrigação, esta obrigação não será devida e o pacto poderá ser revisto (LACERDA, 2005).

Esta regra do direito contratual deve ser pensada como um princípio, tendo em vista que, independente de estar escrito expressamente no contrato, caso houvesse uma alteração no cenário que pudesse dar vantagem a uma das partes, em detrimento a outra, deve-se orientar na interpretação contratual visando sempre o equilíbrio entre as partes (OLIVEIRA, 1991).

Diniz (1993) defende que são requisitos para aplicabilidade da cláusula *Rebus Sic Stantibus*: (i) a existência de contrato de execução continuada ou diferida, (ii) superveniência à celebração do contrato, (iii) de fato imprevisível que (iv) gere o desequilíbrio das prestações contratuais e (v) onerosidade excessiva de uma das partes em contrapartida ao lucro exagerado da outra e (vi) o fato de não ter a parte prejudicada dado causa ao desequilíbrio contratual sofrido.

Diante do exposto, é notório que a aplicação do princípio *Rebus Sic Stantibus* não extingue o princípio da *Pacta Sunt Servanda*, mas rompe com seu caráter quase absoluto. Cabe frisar que ambos os princípios não se excluem, mas se complementam, tendo como objetivo final possibilitar a perfeita execução do contrato, sem alterar a vontade inicial das partes, muitas vezes afetada por fato imprevisível ou de força maior (SILVEIRA, 2014).

2.5 TEORIA DA IMPREVISÃO E FORÇA MAIOR

2.5.1 Teoria da Imprevisão

A Teoria da Imprevisão tem aplicabilidade quando uma situação nova e imprevisível surge no curso do contrato, tornando assim a obrigação prevista neste documento de extrema dificuldade para a parte devedora, permitindo que as partes possam rever o contrato, judicialmente ou não, com o intuito de reequilibrar a relação contratual. Cabe destacar que essa grande dificuldade em realizar a obrigação não se confunde com a impossibilidade da execução, portanto não se confunde com a Teoria da Força Maior (SILVEIRA, 2014).

O Código Civil prevê a Teoria da Imprevisão em seu Artigo 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.

No artigo supracitado nota-se a intenção de resolver a obrigação contratual, entretanto, a opção de revisão vem sendo mais utilizada nos contratos conforme previsão no art. 479 CC/02, o qual menciona que “a resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato”.

Tanto os dispositivos quanto a doutrina deixam claro os requisitos para a aplicação da teoria, sendo eles: 1) Evento extraordinário ou imprevisível; 2) A onerosidade excessiva comprovada para uma das partes; e 3) Que os contratos sejam de execução continuada ou diferida (SANTOS, 2017).

A Teoria da Imprevisão é uma adaptação do Princípio *Rebus Sic Stantibus*, com a diferença que na primeira tem a necessidade de comprovar evento imprevisível, junto com os demais requisitos já citados anteriormente, enquanto que no segundo é necessário apenas que haja o desequilíbrio contratual trazendo a necessidade de revisão para não se tornar excessivamente oneroso para uma das partes contratantes (LACERDA, 2005).

Lacerda (2005) destaca que essa teoria tem como função proteger os contratantes, de modo que os novos acontecimentos ocorridos no lapso de tempo entre a formação do contrato e o efetivo cumprimento da obrigação não acarretem onerosidade excessiva ou enorme dificuldade na realização da prestação de um deles, disponibilizando nesses casos a revisão contratual, desobrigando a parte devedora.

2.5.2 Teoria da Força Maior

Após as teorias apontadas nos tópicos anteriores, apresenta-se a Teoria da Força Maior que, assim como o Princípio *Rebus Sic Stantibus*, a Teoria da Imprevisão e a Cláusula de *Hardship*, também é uma excludente de responsabilidade.

A ideia da Teoria da Força Maior surge no direito romano e tinha como função exonerar o devedor da responsabilidade quando surgia a impossibilidade de cumprir a obrigação contratual (GOMES, 2008).

A Teoria da Força maior consiste em um fato superveniente à formação do contrato, imprevisível e inevitável, totalmente independente da vontade dos contratantes, capaz de impossibilitar a execução do contrato. E é nessa impossibilidade de executar a obrigação que essa teoria se diferencia das demais excludentes de responsabilidades, dessa forma tem-se a extinção da obrigação sendo o principal efeito da Teoria da Força Maior (GOMES, 2008).

A doutrina apresenta os requisitos para a aplicação dessa teoria e, segundo Baptista (2011, pg. 231), três requisitos são necessários 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”.

A partir dessa delimitação das teorias supracitadas, aplicadas nos contratos em geral, torna-se possível a exposição do objetivo principal que se busca esclarecer, a Cláusula de *Hardship*.

2.6 CLAUSULA DE *HARDSHIP*

2.6.1 Origem

O contexto histórico da uniformização do Direito Comercial inicia-se no Renascimento, onde foi necessário enfrentar uma Europa dividida em pequenos feudos fechados em suas próprias atividades agrícolas, sem qualquer atividade comercial entre eles. Com o Renascimento e o crescimento das cidades italianas mercantis, passou-se a utilizar, no mercado europeu, o que hoje é chamada *lex mercatória* (MEDEIROS, 2009).

Conforme diz Irineu Strenger (2005), Goldman define a *lex mercatória* como sendo “precisamente um conjunto de princípios, instituições e regras com origem em várias fontes, que nutriu e ainda nutre estruturas e o funcionamento legal específico da coletividade de operadores do comércio internacional”.

Com o passar dos anos a internacionalização dos contratos vem acontecendo de forma acelerada em virtude das tecnologias, diminuição das distâncias e burocracias estatais, do contínuo alargamento dos mercados e da necessidade de cooperação econômica internacional para o desenvolvimento interno dos Estados e das companhias empresariais com polos em países diferentes.

Tendo em vista que uma das características do comércio internacional e desses contratos é a conexão com dois ou mais sistemas jurídicos distintos, buscou-se a unificação das normas que regem o direito internacional com a intenção de garantir mais segurança na celebração de tratados, acordos e dos contratos internacionais de comércio.

Na maioria das vezes, os contratantes de países diferentes tendem a optar por contratos e obrigações que perduram no tempo em razão das dificuldades de fazer negociações. E justamente por essa longa duração do contrato, as partes ficam expostas a possibilidade de enfrentarem dificuldades imprevisíveis capazes de causar um desequilíbrio econômico.

Uma vez desequilibradas as relações jurídicas, podem surgir, ao menos, três soluções jurídicas para lidar com o desequilíbrio. São elas: i) a resolução do contrato por onerosidade excessiva; ii) a revisão contratual através do judiciário; e iii) o dever de renegociar o contrato (ANDRADE, 2020).

Sendo assim, diante do desenvolvimento do comércio internacional que pode gerar incertezas nesse cenário, faz-se necessário a inserção da Cláusula de *Hardship* para garantir mais segurança jurídica para os contratantes.

A necessidade de um instrumento que preservasse a vontade inicial das partes não as sujeitando ao prejuízo excessivo e inesperado quando da celebração do contrato, foi prevista nos princípios do UNIDROIT (SILVEIRA, 2014).

O Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado (UNIDROIT) foi criado em 1926 como um órgão da Liga das Nações, o qual passou a ser, em 1940, uma entidade autônoma, que tinha como finalidade harmonizar o direito privado diante das diferenças existentes entre as famílias e os ordenamentos jurídicos. É composto atualmente por sessenta e três países, entre eles Brasil, Portugal, Inglaterra, Estados Unidos, Espanha, Itália, dentre outros (ANDRADE, 2020).

O UNIDROIT tem como objetivo a preparação de estudos que podem servir de base para a orientação na elaboração de normas em outros países, funcionando como uma espécie de doutrina internacional acerca de determinados temas (GAMA JUNIOR, 2006).

2.6.2 Conceito

Segundo Prado (2004), *hardship*, é um termo que pode ser traduzido como adversidade, endurecimento das condições, algo difícil de suportar ou privação de fatos ou circunstâncias.

Silva de Melo (2000, pg. 84), define *hardship* como:

Uma situação em que a alteração de fatores políticos, econômicos, financeiros, legais ou mesmo tecnológicos que vigoravam na época da celebração do contrato resulte em consequências danosas para uma das partes.

Silva de Melo (2000, pg. 84) explica que:

Tais modificações podem ser causadas por fenômenos geofísicos, pelas condições socioeconômicas vigentes no sistema internacional ou ainda pelas alterações no mercado internacional, advindas de crises estruturais, escassez, flutuação de preços etc., e suas respectivas consequências na política comercial, como restrições, medidas de protecionismo, entre outras.

Conforme o exposto, pode-se dizer que a Cláusula de *Hardship* é uma cláusula revisionista de adaptação, pois pressupõe a renegociação do contrato, com objetivo de reorganizar o equilíbrio contratual, preservando a equidade das partes, em decorrência de um novo contexto gerado pela superveniência de fato imprevisível, ou, não sendo possível a reorganização, resolver a obrigação.

Oppetit (1974) a define como sendo aquela nos termos da qual as partes poderão demandar uma reorganização do contrato que as une, caso uma alteração interfira nos dados iniciais, com vistas aos quais elas se obrigaram, vindo a alterar o equilíbrio do contrato a ponto de fazer com que uma das partes se submeta a um rigor injusto.

Segundo Brandt (2006, pg. 50):

[...] por *hardship* entende-se o evento que permite a renegociação do contrato diante da modificação das circunstâncias em razão da

ocorrência de um fato imprevisível, que enseja a submissão de uma das partes a uma posição contratual injusta e desequilibrada, de forma que, ao cumprir sua obrigação contratual, esta necessariamente sofrerá um prejuízo substancial e desproporcional.

A doutrina configura essa cláusula como uma relativização da *Pacta Sunt Servanda* tendo em vista que esta cláusula permite a alteração do contrato como instrumento de renegociação fundamentada sobretudo no Princípio da Autonomia da Vontade.

Os Princípios do UNIDROIT, que contêm as regras básicas sobre os contratos comerciais internacionais, em seu art. 6.2.2, define *hardship*, genericamente, como uma situação em que há a ocorrência de fatos que alteram fundamentalmente o equilíbrio do contrato, considerando estas modificações como reflexo da conjuntura social, econômica, política, tecnológica, e que possibilitam a revisão do pacto, entretanto, a *hardship* terá sua verdadeira definição dada de comum acordo pelas partes contratantes, que deverão prever no contrato as suas hipóteses de incidência, efeitos e consequências.

O texto original do Artigo 6.2.2:

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

Silveira (2014, pg. 18) traduziu o texto acima da seguinte forma:

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

A composição da cláusula não é uma regra e não possui forma pré-estabelecida. Contratos que contêm a Cláusula de *Hardship* podem indicar quais são os eventos que a ela pode ajustar e em outros contratos contém um rol exemplificativo a uma fórmula genérica, e uma terceira modalidade tão somente apresenta uma disposição geral, de caráter exemplificativo. Em outras palavras, pode-se afirmar que as partes têm total autonomia para estipular os assuntos que são de interesse mútuo, com a ideia de adapta-las a realidade econômica, tecnológica, comercial, social e política que envolvem o contrato comercial.

Importante destacar que na composição da Cláusula de *Hardship* tenha a previsão de meios capazes de resolver qualquer conflito, como exemplo, tem-se a resolução pelas partes ou por terceiros sendo à arbitragem, mediação ou judicialmente (GOMES, 2008).

2.6.3 Objetivo

O objetivo da Cláusula de *Hardship* é permitir a revisão e a renegociação contratual, ou, em última hipótese, a resolução do contrato. Pode ser que a resolução seja a única saída encontrada pelas partes, ou resulte de uma via judicial, da arbitragem ou do interesse de terceiros, mas não é a finalidade da cláusula em questão.

2.6.4 Requisitos

Para que se possa aplicar a Cláusula de *Hardship*, além de ser essencial a ocorrência de um evento que altere o equilíbrio do contrato, seja por aumento do custo do cumprimento das obrigações ou por diminuição do valor da contraprestação, onerando assim a prestação de uma das partes, ainda é importante a observação de requisitos encontrados no princípio do UNIDROIT, conforme visto no art. 6.2.2 – sendo eles: (i) imprevisibilidade do evento; (ii) inevitabilidade, (iii) exterioridade em relação à vontade das partes; (iv) grande dificuldade na execução do contrato; (v) onerosidade excessiva de uma das partes quando do cumprimento da obrigação e, conseqüentemente, (vi) desequilíbrio contratual.

A ocorrência desses eventos que deram origem àquele desequilíbrio contratual deve acontecer durante o tempo em que durar o contrato. É indiferente

para a aplicação do *Hardship* se os fatos ocorreram antes ou depois da celebração do contrato.

O fator imprevisibilidade para se enquadrar uma situação como caracterizadora de *Hardship*, as circunstâncias que dão causa à sua ocorrência não podem, razoavelmente, ser levadas em conta pela parte lesada até o momento da celebração do contrato. Isso porque, se o evento danoso era previsível e as partes sobre o mesmo não dispuseram, coerentemente, aduz-se negligência da parte prejudicada que deverá, por sua própria omissão, suportar o ônus do evento que lhe é prejudicial.

Nesse sentido, é evidente que a imprevisibilidade sobre a qual dispõe a cláusula de *Hardship* não consiste no evento em si, mas na consciência da possibilidade de sobrevirem situações que não puderam ser previstas pelas partes na época da celebração do contrato (LACERDA, 2005; SILVEIRA, 2014).

Ainda, é preciso que os fatos que deram lugar àquela situação de desequilíbrio, fujam ao controle das partes que se encontram no contrato e em decorrência disso, venha sofrer uma desvantagem, ou seja, os fatos devem estar fora de sua esfera de domínio causal sendo, portanto, inevitáveis.

É necessário que a parte afetada não pudesse evitar que os fatos tivessem aquelas reflexões sobre o contrato, isso em nome do princípio da boa-fé e também do dever de colaboração entre partes.

Neste sentido, esta cláusula de reajuste contratual visa conservação da estabilidade dos contratos internacionais, com o objetivo de reajustar o equilíbrio contratual, impedindo que as incertezas constantes do comércio internacional possam gerar o enfraquecimento do mesmo por conta da insegurança jurídica. A referida cláusula possibilita o efetivo cumprimento dos contratos internacionais, porque contém regras adaptadoras, que redimensionam as oscilações que perduram sobre a realidade do comércio internacional (SILVEIRA, 2014).

2.6.5 Efeitos

Caracterizada a possibilidade da ocorrência da Cláusula de *Hardship* será processada a reestruturação do contrato, através do pedido da parte prejudicada, com a aplicação da cláusula. Essa solicitação deverá ser feita a partir do momento em que a parte tome conhecimento do evento imprevisível e oneroso.

Quando solicitada a readaptação poderá concretizar-se de forma voluntária e consensual ou através da intervenção de um árbitro, que decidirá conforme os limites da situação jurídica em questão (SILVEIRA, 2014).

É importante frisar que a Cláusula de *Hardship* tem como objetivo principal a revisão da obrigação, e, somente não sendo esta viável, a rescisão do contrato. Seus efeitos encontram-se expressos no art. 6.2.3 dos princípios do UNIDROIT:

ARTICLE 6.2.3 – Effets - En cas de hardship, la partie lésée Peut demander l'ouverture de négociations. La demande doit être faite sans retard indu et être motivée. 1) La demande ne donne pas par elle-même à la partie lésée le droit de suspendre l'exécution de ses obligations. 2) Faute d'accord entre les parties dans un délai raisonnable, l'une ou l'autre Peut saisir le tribunal. 3) Le tribunal qui conclut à l'existence d'un cas de hardship Peut, s'il l'estime raisonnable: a) mettre fin au contrat à la date et aux conditions qu'il fixe; ou b) adapter le contrat en vue de rétablir l'équilibre des prestations.

Conforme a tradução de Silveira (2014, pg. 21):

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

Observado o que preceitua Artigo 6.2.3 dos princípios da UNIDROIT, consegue-se delimitar os efeitos da Cláusula de *Hardship* em renegociação, suspensão e resolução do contrato.

2.6.5.1 Renegociação

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

Junto ao requerimento apresentado pela parte que requer a aplicação da Cláusula de *Hardship*, deverá demonstrar as razões que fundamentam o pedido de renegociação do contrato, devendo ser apresentadas à parte contrária em lapso temporal razoável. Pode-se afirmar que parte a interessada não perde o seu direito à renegociação simplesmente porque não agiu a tempo, entretanto, esse atraso do pedido pode afetar a verificação da existência ou não da situação de *Hardship* (LACERDA, 2005).

As partes podem proceder voluntariamente à renegociação do avençado, ou recorrer à intermediação de um árbitro. Tem-se observado que as próprias partes procedem, geralmente, às modificações necessárias no reajuste contratual. Mas conforme apresentado por Araújo (2004), nada impede, entretanto, que um terceiro o faça, devendo esta opção estar expressamente definida no contrato internacional.

Salienta-se que, apesar de denominada voluntária, a renegociação não se trata de uma faculdade da parte proceder ao reajuste. Uma vez confirmado os elementos caracterizadores da *Hardship*, a parte tem o dever de proceder à renegociação, sendo, portanto, uma cláusula compulsória (SILVEIRA, 2014).

2.6.5.2 Suspensão da Execução

Conforme disposto no nº 2 do art. 6.2.3 do UNIDROIT, a renegociação por si só não gera o direito à parte lesada de suspender a execução do contrato, permitindo-se tão somente em “situações extraordinárias”.

Este dispositivo tem como fundamento evitar a utilização abusiva da Cláusula de *Hardship* para fins protelatórios da execução do contrato, gerando insegurança jurídica no âmbito do comércio internacional, efeito justamente oposto ao que se destina este dispositivo.

2.6.5.3 Resolução do Contrato

Não sendo possível a readaptação do contrato pelas modalidades já apresentadas, mesmo fazendo uso do princípio da boa-fé e à luz do dever de colaboração, não conseguirem renegociar o contrato dentro de um prazo razoável visto não acordarem sobre a solução adequada à aplicação da Cláusula de

Hardship, poderão ainda, recorrer há uma última possibilidade, disposta no nº 4 do art. 6.2.3. dos Princípios do UNIDROIT, consistente na resolução do conflito.

A resolução do contrato, neste caso, é subordinada ao critério da razoabilidade. Assim, o contrato só será resolvido quando sua adaptação não for possível. Noutras palavras, pode-se afirmar que sendo razoável adaptar o contrato, o tribunal chamado deve limitar-se a restabelecer o equilíbrio original e não impor às partes um novo contrato.

Conforme exposto por Melo (2000, pg. 32-33):

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

Sendo optado por esta modalidade de resolução ou modificação do contrato, o tribunal deverá distribuir equitativamente os prejuízos entre as partes, considerando a extensão do risco assumido por cada uma, sendo permitido, inclusive, readaptar o preço originariamente estipulado (SILVEIRA, 2014).

2.6.6 A pandemia de Covid- 19, o desequilíbrio contratual e a Cláusula de *Hardship*

A pandemia de COVID-19 pelo novo Coronavírus (SARS-CoV-2) tem se mostrado um dos maiores problemas sanitários em escala global deste século. Na metade do mês de abril, poucos meses depois do início da epidemia na China em dezembro de 2019, a partir dos dados apresentados na plataforma desenvolvida pela Universidade Americana Johns Hopkins que atualiza em tempo real o número de casos de Coronavírus pelo mundo, já haviam ocorrido mais de 2 milhões de casos e 120 mil mortes no mundo causados pelo COVID-19. E no final do mês de outubro, os números chegam perto de 45 milhões de casos pelo mundo e quase 1 milhão e 800 mil mortes. No Brasil, os números do final de outubro chegam a mais de 5 milhões de casos e quase 160 mil mortes (<https://coronavirus.jhu.edu/map.html>).

O COVID-19 chega no Brasil e encontra a população brasileira em uma condição de enorme fragilidade, com altas taxas de desemprego e cortes profundos nas políticas sociais, principalmente após a aprovação da Emenda Constitucional nº 95, que impõe radical teto de gastos públicos e com as políticas econômicas implantadas pelo atual governo, há uma diminuição drástica no dinheiro investido em saúde e pesquisa no Brasil (WERNECK, CARVALHO, 2020).

É justamente nesses momentos de crise que a sociedade percebe a importância para um país de um sistema de ciência e tecnologia forte e de um sistema único de saúde que garanta o direito universal à saúde (WERNECK, CARVALHO, 2020).

Com a pandemia, as ciências se destacam, a Medicina, a Farmácia, a Química e a Economia, em relação ao Direito, pois com o advento dessa doença causou, por exemplo, alterações nas relações trabalhistas, limitações às liberdades individuais de locomoção as relações comerciais, mercantis e empresariais também foram atingidas e esse impacto passou a gerar um certo desequilíbrio entre os contratantes e etc, situações essas que demandam soluções jurídicas ágeis (ANDRADE, 2020).

Em razão disso, os inadimplementos contratuais que tenham como causa a imprevisibilidade e a extraordinariedade, como está sendo notado na situação atual, por força da pandemia da COVID – 19, poderão caracterizar-se como hipóteses de incidência da Teoria da Imprevisão ou da aplicação da Cláusula de *Hardship*, capazes de provocar a revisão das condições contratuais em situações extremas, seja pela presença de cláusulas abusivas e do esforço de integração e interpretação do contrato, seja, também, pela alteração superveniente das circunstâncias. Isto porque, os impactos e os efeitos advindos da pandemia foram e/ou poderão ser suficientemente capazes de tornar impossível ou excessivamente onerosa a execução das obrigações pactuadas, sob aquela relação mercantil, materializada pelo instrumento contratual (MARQUES, 2020).

Sendo assim, conforme o que já foi apresentado no presente trabalho, é que mais importante do que resolver o contrato diante de um acontecimento extraordinário e imprevisível é manter o ajuste pactuado, reformulando, contudo, as condições do negócio de forma que os efeitos da pandemia não desencadeiem uma sucessão de resoluções contratuais.

Entretanto, como é um acontecimento novo, cabe a jurisprudência pátria e a doutrina, darem contribuições capazes de orientar e enfrentar as diversas situações que estão surgindo e que, de fato, provocarão importantes alterações e impactos nas relações jurídicas.

3. CONCLUSÃO / CONSIDERAÇÕES FINAIS

O comércio internacional encontra-se em um constante desenvolvimento, promovido pela evolução dos meios de comunicação, pelo aumento da complexidade das exigências de consumo, pela maior intensidade da realidade concorrencial, proporcionando a interligação cada vez maior entre empresas de vários países, no qual, qualquer acontecimento relevante que ocorra em um determinado país afeta a vários outros.

A relação contratual das empresas com sede em diferentes países, regidos por sistemas jurídicos distintos, faz com que se observe uma controversa sobre a determinação da legislação aplicável aos contratos internacionais. Na falta de uma legislação uniforme entre os países, cabe atribuir aos próprios contratantes o dever de estipular a lei reguladora da avença.

O cenário empresarial é permeado pelo risco. A atividade empresarial é regida pela busca por ganhos em contraposição ao risco do empreendimento.

Devido a longa duração que normalmente os contratos tem, é impossível imaginar que a situação econômica, política, social, existente durante a formação do contrato irá ser a mesma do momento da execução das obrigações.

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 vivida pela sociedade brasileira em decorrência da economia afetada por diversos fatos e também como o mundo todo, em razão da pandemia causada pelo COVID-19. Tal cenário se mostra marcado por inseguranças, o que traz efeitos como a redução de investimentos estrangeiros e uma maior cautela no país.

Neste contexto, em virtude das inseguranças do cenário internacional tornou-se necessária a inclusão de uma cláusula que permita a revisão contratual quando se alterarem as bases nas quais foi fundado o negócio. Esta cláusula é a chamada de *Hardship*.

Considerada como um instrumento de revisão contratual, a Cláusula de *Hardship* terá aplicação quando um evento imprevisível e inevitável, exterior à vontade das partes, gere grande dificuldade na execução do contrato, devido à onerosidade excessiva para uma das partes com o objetivo de o retornar o equilíbrio da obrigação, assegurando continuação do contrato e diminuindo os riscos de inadimplemento, assim, trazendo segurança e a proteção necessária para as partes obrigadas em um contrato comercial.

Evidente que não se acaba, em momento algum, o estudo deste instrumento de revisão, em face da acelerada e constante mudança no cenário internacional e das normas que a regem.

Nesse âmbito, ficou demonstrado ao longo do estudo a importância da cláusula de *hardship* na manutenção do equilíbrio das relações contratuais e sua eficácia para se trazer maior segurança aos contratos internacionais, frente a crises tais como a vivida atualmente pelo Brasil e no mundo, advindo da própria autonomia da vontade das partes de o readaptarem às novas realidades econômicas que se apresentem, viabilizando sobretudo os contratos de longa duração.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Daniel Josy Monteiro. O dever de renegociar em tempos de COVID-19 e como lidar com os contratos administrativos. **Revista Eletrônica da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro -PGE-RJ**, Rio de Janeiro, v. 3 n. 1, jan./abr. 2020.

ARAÚJO, Nadia de. **A Cláusula de Hardship nos Contratos Internacionais e sua Regulamentação nos Princípios para os Contratos Comerciais Internacionais do Unidroit**. In: **O Direito Internacional e o Direito Brasileiro: Homenagem a José Francisco Rezek**. Wagner Menezes (org.), Ijuí, Editora Unijuí, 2004.

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

BRANT, Caroline Botsman. A Cláusula de Hardship nos Contratos Internacionais. In: **Revista de Direito Internacional e Econômico**. Porto Alegre: Síntese/INCE, nº 14, jan/mar,2006, p. 46-61.

BRITO, Maria Lúcia Pereira de. Da Alteração das Circunstâncias à Cláusula de Hardship: A Emergência do Princípio Geral da Renegociação dos Contratos. **Anais**. 2.º Ciclo de Estudos em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de

Coimbra. 2013.

CORONAVIRUS.JHU.EDU/MAP. COVID-19 Dashboard by the Center for Systems Science and Engineering (CSSE) at Johns Hopkins University (JHU). Disponível em: <https://coronavirus.jhu.edu/map.html> < Acesso em: 29 de outubro de 2020>

DECRETO Nº 8.327, DE 16 DE OUTUBRO DE 2014. Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias – U ncial. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/decreto/d8327.htm < Acesso em: 20 de novembro de 2020>

DINIZ, Maria Helena. **Tratado Teórico e Prático dos Contratos**. Vol. I, São Paulo: Saraiva, 1993.

DUQUE, 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.

FILHO, F. D. H. B. Saídas para a crise econômica: A crise econômica em 2014/2017. **SciELO**, São Paulo, v. 31, n. 89, jan./2017.

GAMA JUNIOR, Lauro. “Internacionais, os princípios UNIDROIT relativos aos contratos do comércio internacional: uma nova dimensão harmonizadora dos contratos. ”, 2006. Pg. 99.

GOMES, Josiane Araújo. O Princípio da Autonomia da Vontade e a Cláusula Hardship nos Contratos Internacionais Comerciais, principalmente no âmbito do Mercosul. **Anais**. Programa de Bolsa Institucional de Iniciação Científica (CNPq/UFU), Minas Gerais, dez./2008.

LACERDA, H. C. D. Contratos Internacionais e as Cláusulas de Revisão: Rebus Sic Stantibus, Teoria da Imprevisão, Cláusula de Hardship e a contrariedade com o Princípio Pacta Sunt Servanda. **Revista Brasileira de Direito Internacional**, Curitiba, v. 2, n. 1, p. 247-271, dez./2005.

MARQUES, Antonio Terêncio. Breves linhas sobre o impacto do Coronavírus – Covid 19 nas relações empresariais. Abr./2020 Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/depeso/324489/breves-linhas-sobre-o-impacto-do-coronavirus---covid-19-nas-relacoes-empresariais>. < Acesso em: 29 de outubro de 2020>

MEDEIROS, Luciana Maria de. Evolução histórica do Direito Comercial. Da comercialidade à empresarialidade. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina,

ano 16, n. 2746, 7 jan. 2011. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/18219>. Acesso em: 23 nov. 2020.

MELO, Jairo Silva. **Contratos Internacionais e Cláusulas Hardship**. São Paulo: Aduaneiras, 2000.

NOVO, Benigno Núñez. O Direito Consuetudinário Internacional Conteúdo Jurídico, Brasília - DF: 23 nov 2020. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/54100/o-direito-consuetudinrio-internacional>. Acesso em: 23 nov 2020. OLIVEIRA, Anísio José de. **A teoria da imprevisão nos contratos**. 2ª ed. São Paulo: Leud, 1991, p. 32-33.

OPPETIT, Bruno. L'adaptation des Contrats Internationaux aux Changements de Circonstances: la Clause "Hardship". "**Journal du Droit International**", nº 4, 1974.

PAIVA, Heloísa Assis de. Escolha da Lei de Regência nos Contratos Internacionais. In: **Revista de Direito Internacional e Econômico**. Porto Alegre: Síntese/INCE, nº 7, abr-maiojun/2004, p. 44-65.

PAULA, L. F. D; PIRES, Manoel. Saídas para a Crise Econômica: Crise e Perspectivas para a Economia Brasileira. **Scielo**, São Paulo, v. 31, n. 89, jan./2017.

PIRES, M. C. C.. Política Econômica e Estabilização: uma breve análise da recessão brasileira. **Brazilian Keynesian Review**, v.2, n.2, p.247-51, 2016.

PRADO, C. A. Maurício. Novas perspectivas do reconhecimento e aplicação do hardship na jurisprudência arbitral internacional. **Revista Brasileira de Arbitragem**, Curitiba, nº 2, p. 34-35, abr/jun, 2004.

RABELO, Carolina Gladyer: Contratos Internacionais e Cláusulas Hardship. **Augusto Guzzo Revista Acadêmica**, 2015, N°15, 144-155.

SANTOS, André L. R. C. dos. Cláusula de Hardship: A possível solução para assegurar Relações Contratuais Internacionais em tempos de crise como a brasileira. **Revista de Direito Internacional e Globalização Econômica.**, v. 1, n. 1, p. 136-159, jan./2017.

SILVEIRA, Vladimir Oliveira. A Cláusula de Hardship nos Contratos De Comércio Internacional - The Hardship Clause In The International Business Contracts. 2014.

STRENGER, Irineu. **Direito Internacional Privado**. 6. ed. São Paulo: LTR, 2005.

_____. **Da Autonomia da Vontade**. São Paulo: LTR, 2000.

UNICITRAL. COMISSÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DIREITO DO COMÉRCIO INTERNACIONAL. Disponível em: <https://uncitral.un.org/> < Acesso em: 20 de novembro de 2020.>

WERNECK, Guilherme Loureiro; CARVALHO, Marília Sá. A pandemia de COVID-19 no Brasil: crônica de uma crise sanitária anunciada. **Cad. Saúde Pública** vol.36 no.5 Rio de Janeiro 2020 Epub May 08, 2020.

ZUNINO NETO, Nelson. Pacta sunt servanda x rebus sic stantibus: uma breve abordagem. **Jus Navigandi**. Teresina, ano 3, n.31, maio de 1999.