

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS  
UNIDADE ACADÊMICA DE EDUCAÇÃO CONTINUADA  
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO DOS CONTRATOS E  
RESPONSABILIDADE CIVIL

FERNANDA RISSI FERLA

A APLICABILIDADE DA CLÁUSULA DE *HARDSHIP* NO DIREITO INTERNO

PORTO ALEGRE  
2010

FERNANDA RISSI FERLA

A APLICABILIDADE DA CLÁUSULA DE *HARDSHIP* NO DIREITO INTERNO

Trabalho de Conclusão de Curso de Especialização apresentado como requisito parcial para a obtenção título de Especialista em Direito dos Contratos e Responsabilidade Civil, pelo Curso de Especialização em Direito dos Contratos e Responsabilidade Civil da Universidade do Vale do Rio dos Sinos

Orientadora: Prof. Me. Paula Jesus Martins

PORTO ALEGRE  
2010

Ao meu marido, Gabriel, pela paciência de sempre.

## RESUMO

O presente trabalho apresenta uma análise da cláusula de *hardship*, como forma de justificar sua aplicação no Direito Contratual Brasileiro. Essa cláusula é utilizada nos contratos internacionais, concedendo uma maior segurança jurídica a estes instrumentos, pois prevê a possibilidade de renegociação do contrato caso ocorram fatos imprevisíveis e supervenientes que gerem onerosidade excessiva para uma das partes envolvidas, permitindo assim a manutenção desta contratação. É uma manifestação clara da autonomia da vontade. Para possibilitar esta análise verificou-se o contexto em que a *hardship* teve surgimento no Direito Internacional e, também, a forma em que se opera nestes pactos internacionais. Ainda, no âmbito dos contratos internos, foi apurado em quais contratos a cláusula poderia ser utilizada – os contratos duradouros – e as características desses contratos. Verificaram-se, também, os princípios aplicáveis à nova sistemática dos contratos imposta pelo Código Civil de 2002, demonstrando a relação existente entre esses princípios e a cláusula de *hardship*, subsidiando a aplicação dessa cláusula nos contratos internos. Por fim, foram delimitadas as características da *hardship*, seus elementos de formação e forma pela qual se manifesta nos instrumentos, apontando seus efeitos para a contratação.

**Palavras-chave:** Contratos Internacionais. Contratos duradouros. Readaptação. Princípios contratuais. Hardship.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO.....</b>	<b>6</b>
<b>2 OS CONTRATOS QUE RECEPCIONAM A UTILIZAÇÃO DA <i>HARDSHIP</i>.....</b>	<b>9</b>
2.1 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE OS CONTRATOS INTERNACIONAIS.....	9
<b>2.1.1 A caracterização dos contratos internacionais.....</b>	<b>9</b>
<b>2.1.2 A (nova) <i>Lex Mercatoria</i>.....</b>	<b>14</b>
<b>2.1.3 As cláusulas típicas dos contratos internacionais.....</b>	<b>16</b>
2.2 A APLICAÇÃO DA <i>HARDSHIP</i> NOS CONTRATOS INTERNOS.....	21
<b>2.2.1 Os contratos duradouros.....</b>	<b>21</b>
<b>2.2.2 As obrigações duradouras.....</b>	<b>22</b>
<b>2.2.3 O conceito do contrato.....</b>	<b>26</b>
<b>2.2.4 Formas de manutenção (readaptação) do contrato.....</b>	<b>30</b>
<b>2.2.5 A teoria da imprevisão.....</b>	<b>32</b>
2.2.5.1 O surgimento.....	32
2.2.5.2 Conceito e aplicação da teoria.....	33
<b>3 OS PRINCÍPIOS CONTRATUAIS DE DIREITO INTERNO APLICÁVEIS À CLÁUSULA DE <i>HARDSHIP</i>.....</b>	<b>40</b>
3.1 A BOA-FÉ OBJETIVA.....	41
3.2 O EQUILÍBRIO ECONÔMICO.....	48
3.3 A FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO.....	50
3.4 A LIBERDADE DE CONTRATAR.....	52
3.5 A AUTONOMIA DA VONTADE.....	55
<b>3.5.1 A autonomia da vontade no Direito Internacional.....</b>	<b>62</b>
3.6 A FORÇA OBRIGATÓRIA DO CONTRATO.....	65
<b>4 A <i>HARDSHIP</i>.....</b>	<b>69</b>
4.1 A ORIGEM.....	71
4.2 O CONCEITO.....	74
<b>4.2.1 A diferenciação entre a <i>hardship</i> e a força maior .....</b>	<b>78</b>
4.3 REQUISITOS DE FORMAÇÃO.....	81
4.4 FORMAS DE APLICAÇÃO NA PRÁTICA CONTRATUAL.....	86
4.5 EFEITOS DA UTILIZAÇÃO DA CLÁUSULA.....	91
<b>4.5.1 A suspensão do contrato.....</b>	<b>91</b>

<b>4.5.2 A operacionalização das alterações contratuais: a readaptação.....</b>	<b>92</b>
<b>4.5.3 A possibilidade de extinção ou prosseguimento do contrato original.....</b>	<b>94</b>
<b>4.6. OS ARTIGOS DO CÓDIGO CIVIL QUE RECEPCIONAM A <i>HARDSHIP</i>.....</b>	<b>95</b>
<b>5 CONCLUSÃO.....</b>	<b>97</b>
<b>BIBLIOGRAFIA.....</b>	<b>100</b>

## 1 INTRODUÇÃO

O Direito Contratual Brasileiro, após a égide do Código de Civil de 2002, sofreu algumas transformações para aperfeiçoar as relações entre contratante e contratado. Os princípios contratuais passaram a ser parte fundamental da relação contratual, integrando-se aos pactos, e com isso subsidiando os termos de tudo aquilo que é fixado pelos envolvidos, fazendo parte da avença.

Diante dos princípios elencados pela doutrina como os mais importantes à constituição da relação contratual surgem, por exemplo, a boa-fé, o equilíbrio econômico e a autonomia da vontade, restando evidente a preocupação do legislador na manutenção dos instrumentos, como forma de garantir uma maior segurança jurídica aos envolvidos, pois teriam garantias de que aquilo que foi estabelecido irá ser cumprido, ou seja, garantias das vantagens do negócio.

Ocorre que não existem soluções prontas no nosso ordenamento jurídico, fazendo com que as partes fiquem aguardando uma à posição da outra, para verificar o que poderia ser feito de modo a manter uma contratação que deixou de ser vantajosa como era no momento em que o pacto foi firmado.

Considerando, então, esta premissa de proteger a contratação – ressaltando sempre o interesse das partes – trazida pelo nosso Código Civil, mas que, em contrapartida mostra-se omissa em relação a uma solução, aparece a cláusula de *hardship*.

Esse instituto, que é retirado do Direito Internacional como um remédio jurídico para garantir uma renegociação; determina que as partes ajustem os termos da contratação, diante da ocorrência de um evento imprevisível, trazendo de volta o seu equilíbrio econômico. Visando, assim, à manutenção do que foi estabelecido, ainda que necessárias certas mudanças.

Contudo, na medida em que não há previsão expressa para a sua utilização no Direito Interno, procurou-se traçar um paralelo entre os elementos de constituição

da *hardship* e aquilo que é aplicado no nosso Direito Civil, pois apenas desse modo é possível demonstrar a legitimidade da sua aplicação, já que existem, conforme será demonstrado, muitos aspectos conexos entre a cláusula e o nosso ordenamento jurídico.

Para tanto, no segundo capítulo, demonstrar-se-á o contexto em que a cláusula de *hardship* foi adotada nos contratos internacionais, estabelecendo sua posição e o seu papel de solução de conflitos, para que assim seja possível comparar a realidade em que surgiu com o contexto atual dos contratos no Direito Interno.

Ainda, será verificado em quais espécies de contratos internos que a *hardship* poderá fazer parte, sendo necessária, também, a análise do tipo de obrigação que deverá estar configurada para que se perfectibilize a sua aplicação, partido desse ponto a demonstração de que é possível utilizá-la na nossa realidade contratual.

Finalizando o estudo dos contratos, serão apuradas as formas de revisão contratual chanceladas pelo Código Civil e a importância da teoria da imprevisão para esse estudo.

Já no terceiro capítulo serão verificados os princípios aplicáveis a esse estudo, bem como realizada uma pequena análise de cada um deles, seus elementos de formação e relevância destes para a *hardship*, principalmente no que se refere à autonomia da vontade, considerando que a aplicação dessa cláusula só se faz possível se ambas as partes optarem por inseri-la na contratação, ou seja, necessário que as partes cheguem a um consenso, até para que possam ser fixados os termos da cláusula.

O quarto capítulo, por sua vez, será inteiramente direcionado à *hardship*, com a análise do seu surgimento, conceituando-a e diferenciando-a da cláusula de força maior.

Além disso, será demonstrada a forma pela qual a cláusula se opera, como se procede a renegociação do pacto, apresentando ainda as conseqüências da aplicação da cláusula durante a fase de negociações, bem como posteriormente, caso seja, ou não, chegado a um consenso, com a readaptação do pacto

Finalmente, serão elencados os artigos do Código Civil que se mostram afins à *hardship*, e que legitimarão sua aplicação no Direito Interno.

## 2 OS CONTRATOS QUE RECEPCIONAM A UTILIZAÇÃO DA *HARDSHIP*

### 2.1 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE OS CONTRATOS INTERNACIONAIS

Antes mesmo de adentrarmos nas questões atinentes aos contratos internos, fundamental compreender o contexto em que se inserem os contratos internacionais, aplicadores da cláusula de *hardship* objeto deste estudo.

Isso porque esses contratos são a maior expressão das relações comerciais de âmbito internacional, que crescem cada vez mais, diante da facilitação ao acesso dos mais diferentes bens de consumo e, também, serviços. Portanto, por meio desses contratos que o nascimento destas mais diferentes obrigações ocorre.

#### 2.1.1 A caracterização dos contratos internacionais

Um contrato poderá ser classificado como internacional quando for possível verificar na contratação um “elemento de estraneidade”<sup>1</sup>, que nada mais é que a existência de um “elemento que o conecte a dois ou mais ordenamentos jurídicos”<sup>2</sup>, ou seja, independentemente do objeto da contratação, das partes envolvidas, ou do local do seu cumprimento.

Maristela Basso complementa esta definição, quando afirma que “contrato internacional é todo aquele que gera fluxo e refluxo de bens, valores e capitais de um país para outro”<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> TIMM, Luciano Benetti; RIBEIRO, Rafael Pellegrini; ESTRELLA, Angela T. Gobbi. **Direito do Comércio Internacional**. Rio de Janeiro: FGV, 2009. p. 54.

<sup>2</sup> Ibid., p. 53.

<sup>3</sup> BASSO, Maristela. **Introdução ao estudo do Direito Internacional Privado**. 3. ed. São Paulo: WVC Editora, 2001. p. 11.

Ainda de acordo com as palavras de Luiz Olavo Baptista são aqueles “celebrados entre pessoas (jurídicas ou não, de direito público ou privado) de diferentes países que implicam o tráfego de bens e valores entre esses países”<sup>4</sup>.

Na verdade, os contratos internacionais nada mais são que uma expressão das relações internacionais, pois “a internacionalização da vida e das atividades humanas acarreta uma série de fenômenos de natureza jurídica que devem ser enfrentados pelos Estados isoladamente e pelas entidades regionais e internacionais no plano coletivo”<sup>5</sup>.

Ao analisar os seus elementos de formação, verifica-se a semelhança entre os contratos internacionais e os internos, já que ambos constituem-se por meio de três fases principais: a formação (geração), a conclusão (aperfeiçoamento) e a execução (consumação)<sup>6</sup>.

E diante dessa pluralidade de conceitos que se observa que os contratos internacionais poderão ter os mais diferentes objetos, sendo que alguns dos mais comuns são os que envolvem questões como *factoring*, *leasing*, *joint venture*, ou seja, objetos contratuais que, no direito interno, sequer possuem legislação esclarecedora e específica, não possibilitando uma aplicação uniforme quanto às suas formas de funcionamento, como, ainda, questões de compra e venda, transporte, agenciamento, distribuição, franquia, objetos que possuem enfrentamento legal e uma posição doutrinária já mais consolidada.

Frente a essa multiplicidade – e ausência de limitação em relação aos objetos contratuais – que estes contratos ficam expostos as mais diferentes limitações legais:

(...) Os contratos internacionais, por terem conexão com mais de um país, têm o caráter de poderem ser regidos por uma ou mais legislações internas de países diferentes, ou por convenções internacionais, ou, ainda, por regras originadas pelas práticas dos próprios comerciantes, como é o caso

---

<sup>4</sup> BAPTISTA, Luiz Olavo. **Contratos internacionais do comércio**. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 9.

<sup>5</sup> DOLINGER, Jacob. **Direito internacional privado: parte geral**. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 01.

<sup>6</sup> BASSO, Maristela. **Contratos internacionais do comércio: negociação, conclusão, prática**. 3. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 17.

da aplicação de uma *lex mercatoria*. Portanto, não é incomum que as partes de um mesmo contrato sejam submetidas a regimes jurídicos diversos. Nesse contexto, são correntes as dúvidas que os contratantes enfrentam quanto a fatores como a jurisdição e a lei aplicável a contratos de que fazem parte.<sup>7</sup>

Evidente, então, que a possibilidade de existir um conflito de normas quando se está na tentativa de interpretar e, principalmente, de executar um contrato internacional torna-se algo plenamente passível de ocorrer. E esse conflito ocorre não apenas no sentido de qual Estado deverá ter sua norma aplicada, como em relação ao objeto da legislação aplicável.

Ou seja, essa dificuldade decorre justamente das tantas e diferentes formas (meios) que existem para análise de um contrato quando mais de um sistema jurídico está envolvido na questão ou, até mesmo, quando a legislação internacional (tratados, por exemplo) também acaba sendo passível de aplicação<sup>8</sup>.

Muitas vezes, a norma a ser utilizada poderá ser escolhida pelas partes<sup>9</sup>, contudo, em relação a alguns tópicos específicos não existe essa possibilidade, como, por exemplo, quando questões constitucionais estão envolvidas.

E diante dessa complexa “rede de interpretação” que a doutrina francesa desenvolveu a sistematização da *dépeçage – morcellement* ou, ainda, fracionamento – que consiste no fato de que “um contrato internacional poderá ter regidas algumas de suas obrigações pelo direito de um país e outras pela lei de outro Estado ou por uma Convenção Internacional”<sup>10</sup>

Nádia de Araújo define a forma com a qual este meio de interpretação deverá ser utilizado:

---

<sup>7</sup> TIMM, op. cit., p. 55.

<sup>8</sup> ARAÚJO, Nádia de. **Direito Internacional Privado: teoria e prática brasileira**. 3. ed. atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 359.

<sup>9</sup> “Desde hace tiempo el arbitraje internacional presenta una tendencia que se resume en la feliz metáfora del “shopping” del derecho. Las partes adoptan, con la cláusula compromisoria, el derecho de un tercer Estado, que no tiene ningún punto de contacto con la nacionalidad de las partes. Es la elección de la así llamada “ley neutra”. Los contratantes, a veces, efectúan el llamado *repêchage*, o sea hacen elecciones múltiples. Así, por ejemplo, la ley sustancial de un Estado y la ley procesal de otro Estado.” GALGANO, Francesco. **La Globalización en el Espejo del Derecho**. Tradução de Horácio Roitman e Maria de la Colina. 1. ed. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2005. p. 96.

<sup>10</sup> FIORATI, Jete Jane. **Direito do Comércio Internacional: OMS, telecomunicações e estratégia empresarial**. Franca: UNESP-FHDSS, 2006, p. 148.

A metodologia empregada para a análise do fracionamento de contrato chama-se *dépeçage*. A matéria das qualificações procura definir diferentes institutos jurídicos, enquanto o fracionamento ocorre todo no seio das questões relativas à atividade obrigacional. Esta posição é adotada por vários doutrinadores e pelo *Glossário do Direito Internacional Privado*, que entende ser o fracionamento um sistema pelo qual um contrato ou instituição é dividido em várias partes, que depois são submetidas a leis diferentes<sup>11</sup>.

Afinal, ainda que exista um movimento mundial para facilitação dessas interpretações, as questões de soberania nacional não podem ser superadas frente a contratos de cunho privado, razão pela qual se faz necessária a busca por uma interpretação envolvendo diferentes sistemas jurídicos:

Como as regras de conflito e substantivas (de mérito do litígio) variam de país para país, procura-se a sua harmonização internacional governamental (...). Nesse ponto, pode-se colocar que há uma tendência, observada em ambos os casos, de uniformização, no sentido de permitir às partes liberdade na escolha da lei aplicável à sua situação específica.<sup>12</sup>

Caso não seja possível sanar o problema pela utilização dessas *normas de harmonização*, busca-se a via, comum, ou seja, o enfrentamento das leis aplicáveis.

Importante registrar que cada Estado poderá ter diferentes formas de interpretação dos contratos internacionais, cabendo, então, ao julgador competente verificar quais seriam as leis aplicáveis a cada uma das situações impostas. Inclusive, cada país poderá até mesmo utilizar diferentes meios de apurar qual seria o julgador competente para dirimir a questão, o que aponta para uma inevitável insegurança jurídica relativa à execução dessa espécie contratual.

Justamente por isso que as partes, cientes de eventuais discussões que poderão advir da execução do contrato, já poderão fixar, quando da sua formação, quais serão as formas – limites – desta interpretação, desde que, é claro, estas escolhas não atinjam a ordem pública dos ordenamentos jurídicos envolvidos<sup>13</sup>. E é isso que deve ser incentivado, a solução da formas de interpretações antes mesmo delas se fazerem necessárias.

---

<sup>11</sup> ARAÚJO, Nádia de. op. cit., p. 360.

<sup>12</sup> TIMM, op. cit. p. 56.

<sup>13</sup> Ibid., p.56.

Essa delimitação dos termos e formas de interpretação/execução dos contratos não deve, portanto, se restringir apenas à incidência das normas legais, mas também, e principalmente, no que se refere à inserção de cláusulas que possam evitar divergências posteriores quanto aos contratos.

A inserção dessas cláusulas poderá dar-se no momento de formação do contrato, depois de realizada a negociação, podendo atingir os mais diversos pontos do instrumento.

Na verdade, este momento de formação do contrato internacional não se apresenta muito distante do que ocorre no nosso sistema interno, em que o contrato nada mais representa do que uma manifestação de vontade das partes.

Cabível, aqui, as palavras de Pontes de Miranda, que o resume como “entrada no mundo jurídico de vontade acorde dos figurantes, com a irradiação de efeitos próprios”<sup>14</sup>.

Pontes de Miranda complementa, afirmando ainda que:

Os negócios jurídicos bilatérias e os negócios jurídicos plurilaterais nascem de concordância. Nenhum acordo ou concordância há nos negócios jurídicos unilaterais. Alguém, sozinho, se vincula, por ter manifestado vontade e por entrar o seu ato no mundo jurídico como ato jurídico negocial<sup>15</sup>

É, portanto, feita uma oferta por parte do contratado e, conseqüentemente, uma aceitação por parte do contratante. Nada, então, de diferente na essência da formação contratual no que se refere aos contratos nacionais e internacionais.<sup>16</sup>

Por certo que o intuito maior da fixação destas cláusulas é de dar uma maior efetividade ao cumprimento dos contratos internacionais, até mesmo porque, é evidente a necessidade de proteger o cunho econômico da contratação, sendo muito

---

<sup>14</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. Tomo XXXVIII. Campinas: Bookseller, 2005, p. 31.

<sup>15</sup> Ibid., p. 47.

<sup>16</sup> Como bem ensina Timm, existem três elementos principais que constituem a formação deste contrato internacional: meeting of minds (encontro de vontades), offer (oferta) e a acceptance (aceitação). TIMM, op. cit., 56.

mais rentável e – e aqui também é obrigatório falar em segurança – que as partes pré-determinem de que forma eventuais litígios serão solucionados (ou evitados).

Menor preço e maiores garantias para o cumprimento das obrigações fixadas nos contratos: esses são os principais objetivos das partes ao utilizarem essas cláusulas.

Existem, então, algumas cláusulas que podem ser inseridas no contrato, mediante simples manifestação de vontade de uma das partes – e, obviamente, diante da anuência da outra – buscando-se com isso dar alguma segurança às partes envolvidas e, é claro, conceder uma maior possibilidade de execução do objeto da contratação.

### **2.1.2 A (nova) *Lex Mercatoria***

Diante da já apresentada pluralidade de relações decorrentes do comércio internacional fez-se necessária a organização destas relações, mediante a criação de princípios – ou normas – de múltiplas fontes, mas capazes de criar um direito uniforme, não vinculado, contudo, a um Estado específico<sup>17</sup>.

A esse ordenamento jurídico não estatal que se dá o nome de *lex mercatoria*, que pode ser sintetizado como “um sistema de fontes múltiplas, consuetudinário, convencional, jurisprudencial e arbitral, que formam as normas regentes do comércio internacional em suas diversas manifestações”<sup>18</sup>.

Na verdade, buscando a origem desse sistema, verifica-se que seu início deu-se nas feiras da Idade Média, como uma reação ao direito feudal, que privilegiava os seus senhores, dificultando a manutenção de relações comerciais. Os comerciantes buscaram, então, uma forma de sanar estas dificuldades, adotando

---

<sup>17</sup> HUCK, Hermes Marcelo. **Sentença estrangeira e *Lex mercatoria*: horizontes e fronteiras do comércio internacional**. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 106.

<sup>18</sup> CALIXTO, Negi. Contratos internacionais e ordem pública. **Revista dos tribunais**, São Paulo, ano 83, n. 701, mar. 1994, p. 44.

os usos e costumes da própria atividade – mas não de forma escrita, mas sim usual – como um meio de facilitar a realização dos negócios<sup>19</sup>.

Ocorre que em decorrência da necessidade de sistematização dos sistemas jurídicos internos esta “ordem usual” seguida pelo comércio foi conseqüentemente perdendo sua força para as leis locais, que passaram, pouco a pouco, a reger os negócios jurídicos<sup>20</sup>.

Contudo, em 1964, Berthold Goldman buscou novamente na *Lex Mercatoria* – chamada agora de nova *Lex Mercatoria* – uma fonte para interpretação do direito internacional. Desde então, muitas questões controversas – e políticas – foram surgindo, moldando assim os limites deste sistema de normas e princípios<sup>21</sup>, surgindo aqui, por exemplo, os princípios do UNIDROIT (International Institute for the Unification of Private Law), que tem como principal objetivo “conferir substância à prática internacional, como fonte do direito, e prover conteúdo ao sistema da *nova lex mercatoria*”<sup>22</sup>.

Como bem ensina Maristela Basso:

A teoria da nova *lex mercatoria* se baseia fundamentalmente nos contratos internacionais, na riqueza de figuras contratuais nascidas na prática, na inovação dos regimes jurídicos oriundos das cláusulas elaboradas pelas partes, como também nas operações do comércio internacional que se realizam fora de referências precisas aos direitos nacionais.<sup>23</sup>

Introduzindo aqui a idéia dos princípios do UNIDROIT, importante estabelecer seus limites:

<sup>19</sup> FIORATI, op. cit., pp. 30-31.

<sup>20</sup> ARAÚJO, Nádia de. A Cláusula de Hardship nos Contratos Internacionais e sua Regulamentação nos Princípios para os Contratos Comerciais Internacionais do Unidroit. In: POSENATO, Naiara (Org.) **Contratos internacionais: tendências e perspectivas: estudos de direito internacional privado e de direito comparado**. Ijuí: UNIJUÍ, 2006. p. 321.

<sup>21</sup> FIORATI, op. cit., pp. 31-32.

<sup>22</sup> GAMA JR, Lauro. **Contratos Internacionais à luz dos princípios do UNIDROIT 2004: soft law, arbitragem e jurisdição**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 232.

<sup>23</sup> BASSO, Maristela. A autonomia da vontade nos contratos internacionais de comércio. In: BAPTISTA, L. O.; HUCK, H. M. e CASELLA, P. B. (org.). **Direito e comércio internacional: tendências e perspectivas – Estudos em homenagem ao Prof. Irineu Strenger**. São Paulo, LTr., 1994. p. 62.

Seu principal objetivo é prover os agentes do comércio internacional de normas uniformes versando os vários aspectos da relação contratual, como *formação, validade, interpretação, execução e inexecução* dos contratos, *compensação*, a *cessão* de créditos, dívidas, e contratos, e os prazos de *prescrição*. Tais normas, dotadas de suficiente flexibilidade, podem servir aos contratantes em vários contextos, permitindo-lhes superar, de um modo geral, as desconfianças recíprocas que derivam do natural apego de cada parte aos seu respectivo direito nacional.<sup>24</sup>

O nascimento de novas relações comerciais, bem como o crescimento das já existentes, desenvolveu esta necessidade de existir um sistema que supere os direitos positivos de cada Estado (e daí que se explica o ressurgimento da *Lex Mercatoria*), para viabilizar a unificação da interpretação dos negócios, tudo isso graças ao crescente fortalecimento do comércio internacional.

### 2.1.3 As cláusulas típicas dos contratos internacionais

Como visto, a *Lex Mercatoria* se faz presente nos contratos internacionais justamente para resolver questões da prática comercial, utilizando algumas cláusulas de forma corrente, conforme será abordado a seguir.

Luciano Timm ensina que as cláusulas consideradas típicas dos contratos internacionais são escolha da lei aplicável (*choice of law*), eleição de foro, arbitral ou compromissória, confidencialidade, exoneração ou flexibilização de responsabilidade nos contratos internacionais (aqui entra a força maior e a *hardship*), e, por fim, do preço e das garantias<sup>25</sup>.

Todas elas, como bem colocado, buscam o mesmo objetivo, que é o “dar maior estabilidade às relações”<sup>26</sup>.

Em relação à primeira delas, trata-se de uma cláusula em que as partes fixam qual será o sistema jurídico que irá vigorar sobre aquele contrato, devendo ser escolhida pelas partes de boa-fé.

---

<sup>24</sup> GAMA JR, Lauro. op. cit., p. 3.

<sup>25</sup> TIMM, op. cit., p. 56.

<sup>26</sup> TIMM, op. cit., p. 58.

Esta escolha, contudo, pode encontrar limitações, quando “escolhida uma lei estrangeira, em razão de sua conexão com o caso concreto, não será esta aplicável em face do impedimento determinado pela ordem pública”<sup>27</sup>.

Insta referir que, mesmo frente a uma eventual possibilidade de utilização da legislação estrangeira para a execução de um contrato internacional, pois não apresentaria conflito com a ordem pública interna, alguns sistemas jurídicos sequer admitem esta possibilidade.

Os países da *commom law* aderem à opção de escolha, pois lá vigora, com mais força, o princípio da autonomia da vontade<sup>28</sup>.

Já o Brasil, por exemplo, não tem uma posição clara assumida, porque o artigo 9º da Lei de Introdução ao Código Civil<sup>29</sup> afasta a possibilidade de plena escolha das partes<sup>30</sup>.

Fiorati assim define a questão:

O que se pode concluir, é que o art. 9 da atual Lei de Introdução não permite a escolha da regra que regerá o contrato pelas partes, possibilitando, sim, a escolha do local em que celebrarão o contrato e por consequência da regra a ser aplicada. Em suma, trata-se de uma autonomia da vontade por vias tortas.<sup>31</sup>

A questão mostra-se, efetivamente, de extrema controvérsia, mas pode-se afirmar que a prática contratual interna possibilita essa escolha, desde, é claro, que essa escolha não intervenha na ordem pública<sup>32 33</sup>.

---

<sup>27</sup> ARAÚJO, Nádía de. **Contratos internacionais: autonomia da vontade, Mercosul e convenções Internacionais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 29.

<sup>28</sup> ARAÚJO, Nádía de. **Direito Internacional Privado: teoria e prática brasileira**. 3. ed, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 354.

<sup>29</sup> Art. 9º: Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem.

§ 1º Destinando-se a obrigação a ser executada no Brasil e dependendo de forma essencial, será esta observada, admitidas as peculiaridades da lei estrangeira quanto aos requisitos extrínsecos do ato.

§ 2º A obrigação resultante do contrato reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente.

<sup>30</sup> TIMM, op. cit., p. 59.

<sup>31</sup> FIORATI, op. cit., p. 146.

<sup>32</sup> A ordem pública pode ser definida como “um reflexo da filosofia sócio-político-jurídica de toda legislação, que representa a moral básica de uma nação e que protege as necessidades econômicas do Estado.” DOLINGER, op. cit., p. 386.

No que se refere à eleição de foro (*choice of fórum* ou *venue*), essa cláusula é auto-explicativa, ou seja, as partes escolhem o foro competente para dirimir sobre eventuais conflitos, o que também acaba influenciando a legislação que será aplicada ao contrato. Novamente, essa escolha não poderá infringir a legislação dos países envolvidos, mostrando-se mais efetiva, portanto, nos países que respeitam a autonomia da vontade<sup>34</sup>.

Timm faz a ressalva de que os contratantes deverão observar, ao eleger o foro, todas as regras de direito nacional do país em que o contrato foi realizado; para que só então essa escolha possa ser mantida. Até mesmo para que posteriormente seja possível pleitear a homologação de eventual sentença estrangeira.<sup>35</sup>

No que atine à cláusula arbitral (ou compromissória), essa se refere à adoção da arbitragem<sup>36</sup> como forma de solucionar qualquer litígio superveniente à formação do contrato.

Esta opção também já foi acolhida pelo direito interno, sob a ótica da Lei nº 9.307/96, sendo corroborada pelo posicionamento do Superior Tribunal de Justiça<sup>37</sup>,

---

<sup>33</sup> ARAÚJO, Nádia de. **Direito Internacional Privado: teoria e prática brasileira**. 3ª ed, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 100.

<sup>34</sup> TIMM, op. cit., p. 63.

<sup>35</sup> Ibid., pp. 61 e 62.

<sup>36</sup> "Um sistema especial de julgamento, com procedimento, técnica e princípios informativos especiais e com força executória reconhecida pelo direito comum, mas a este subtraído, mediante o qual mediante o qual duas ou mais pessoas físicas ou jurídicas de direito privado ou de direito público, em conflito de interesses escolhem de comum acordo, contratualmente, uma terceira pessoa, o árbitro, a quem confiam o papel de resolver-lhes a pendência, anuindo os litigantes em aceitar a decisão proferida". CRETELLA JÚNIOR, José. Da arbitragem e seu conceito categorial. In: Revista de Informação Legislativa, a. 25, n. 98. Brasília: Senado Federal, abr./jun., 1988. Apud: LEITE, Francisco Tarciso. **Arbitragem, mediação e conciliação no direito privado brasileiro: instrumentos jurídicos para a solução de conflitos na sociedade brasileira contemporânea**. Fortaleza: Universidade de Fortaleza, 2008. p. 123.

<sup>37</sup> DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. OMISSÃO NÃO CONSTATADA. ARBITRAGEM. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA PACTUADA EM DATA PRETÉRITA AO ADVENTO DA LEI 9.307/1996. INCIDÊNCIA IMEDIATA, MESMO EM CONTRATOS CELEBRADOS ANTES DE SEU ADVENTO, DESDE QUE NELES ESTEJA INSERIDA A CLÁUSULA ARBITRAL.

1. É vedada a esta Corte apreciar violação a dispositivos constitucionais, sob pena de usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal.

2. Não há que se falar em violação ao art. 535 do Código de Processo Civil, pois o tribunal de origem dirimiu as questões pertinentes ao litígio, afigurando-se dispensável que venha examinar uma a uma as alegações e fundamentos expendidos pelas partes.

**3. Esta Corte pacificou que, tratando-se a arbitragem de instituto eminentemente processual, as disposições da Lei 9.307/96 têm incidência imediata nos contratos celebrados anteriormente, se neles estiver inserida a cláusula arbitral.**

que até mesmo reconhece a utilização desse instituto se a cláusula compromissória foi inserida em contratos realizados anteriormente à lei de arbitragem.

Na medida em que os contratos internacionais muitas vezes envolvem informações corporativas, cada vez mais estão sendo inseridas cláusulas de confidencialidade, as quais visam dar garantias quanto às contratações – e também em relação às negociações, quando ainda se está no momento das tratativas – que estão sendo realizadas.

Destaca-se que estes *non disclosure agreements* (acordos de não divulgação) já estão, inclusive, sendo recepcionados pelo direito interno, passando a ser cláusula integrante dos contratos nacionais.<sup>38</sup>

No que se refere às cláusulas de preços e garantias, é possível defini-las como aquelas que determinam a forma pela qual as obrigações contratuais serão pagas, bem como as garantias que deverão ser concedidas aos contratantes.

A análise da questão do preço é feita da seguinte forma, considerando aqui as limitações impostas pelo Direito interno:

A legislação brasileira exige que os contratos sejam estipulados em moeda nacional, sob pena de nulidade da cláusula de preço. Contudo, a mesma lei (Decreto-Lei nº 587/69, já citado), permite que os contratos internacionais sejam pactuados em moeda estrangeira (normalmente moedas fortes, como o dólar norte-americano, o euro, o yen) ou mesmo uma cesta de moedas, como é comum em contratos com o Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID), diluindo o risco cambial).<sup>39</sup>

As garantias são relativas à segurança para o pagamento do preço, que podem ser feitas de diferentes formas, como, por exemplo, através de instituições bancárias, seguradoras ou, ainda, por cartas de crédito.<sup>40</sup>

---

4. No caso ora em análise, o acórdão hostilizado encontra-se em harmonia com a jurisprudência deste egrégio STJ. Incidência da Súmula 83/STJ.

5. Recurso especial a que se nega provimento (Resp 934771/SP – 4ª Turma do STJ – Ministro Relator: Luis Felipe Salomão – DJE em 09/06/2010). Grifou-se.

<sup>38</sup> TIMM, op. cit., p. 73.

<sup>39</sup> Ibid., p. 77.

<sup>40</sup> Ibid., p. 78.

As cláusulas de exoneração ou flexibilização de responsabilidade são representadas pela *força maior* e pela *hardship*.

A primeira delas manifesta-se mediante a previsão de exoneração de responsabilidade para cumprimento do contrato caso ocorra um fato não previsto ou que não poderia ser evitado (aqui não se entra no mérito dos limites que cada ordenamento jurídico dá para a força maior<sup>41</sup>)<sup>42</sup>:

Ocorrendo um acontecimento que esteja previsto como circunstância caracterizadora de força maior, considera-se como mais freqüente operar-se a rescisão do contrato, eximindo-se o devedor de responsabilidade pela sua inexecução, interpretando-se de que a força maior se caracteriza como cláusula exonerativa<sup>43</sup>

Já a segunda manifestação ocorre pela inserção de uma cláusula de *hardship*. Em poucas palavras – já que como se trata do principal objeto deste estudo, será abordada de forma pormenorizada a seguir – a *hardship* pode ser definida 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 conseqüências danosas para uma das partes”<sup>44</sup>.

Assim, por meio da inserção de uma cláusula de *hardship* “será possibilitada a intervenção no contrato para promover-lhe adaptação que o torne mais equilibrado”.<sup>45</sup>

Existe, inclusive, previsão expressa nos princípios do UNIDROIT em relação à aplicação da *hardship*, já que em seu artigo 6.2.2, é admitida sua utilização como uma exceção ao princípio da obrigatoriedade do vínculo, onde uma das partes (ou até mesmo ambas), poderá, mediante uma alteração efetiva no equilíbrio econômico do contrato, requerer a renegociação deste, como forma de mantê-lo, restaurando

---

<sup>41</sup> Existem alguns fatos normalmente interpretados como sendo “força maior”, sendo eles: cataclismos, conflitos armados, conflitos de trabalho, fato do príncipe, quebras de máquinas e acidentes análogos. MELO, Jairo Silva. **Contratos internacionais e cláusula hardship**. São Paulo: Aduaneiras, 2000. p. 87.

<sup>42</sup> TIMM, op. cit., p. 70.

<sup>43</sup> MELO, Jairo Silva. op. cit., p. 88.

<sup>44</sup> Ibid., pp. 83 e 84.

<sup>45</sup> Ibid., p. 84.

assim este equilíbrio perdido<sup>46</sup>.

Analisado, então, o contexto em que os contratos internacionais estão inseridos, restam claras as dificuldades enfrentadas pelos contratantes em caso de eventuais litígios judiciais, residindo aí o motivo principal para a existência dessas cláusulas típicas, que podem ser tranquilamente aplicadas ao direito interno – sendo que algumas delas até mesmo já estão – justamente para promover a manutenção, e com isso incentivar a facilitação das formas de execução dos contratos firmados.

## 2.2 A APLICAÇÃO DA *HARDSHIP* NOS CONTRATOS INTERNOS

Verificado o contexto em que a cláusula de *hardship* surgiu, essencial para o estudo aqui realizado compreender em que realidade ela poderá ser aplicada nos contratos internos, pois só assim é possível concluir que sua utilização poderá ser feita no direito nacional.

Dessa feita, a análise em questão reside diretamente sobre os contratos que podem recepcioná-la, ou seja, aqueles que se protraem no tempo, conforme será verificado a seguir.

### 2.2.1 Os contratos duradouros

Nos contratos de trato sucessivo (ou execução continuada), os sujeitos envolvidos na contratação, bem como o objeto desta merecem uma tutela especial. Isso porque, na medida em que a prestação vai ocorrendo, o tempo poderá trazer alterações para a realidade contratual, o que pode até mesmo transformar completamente a fisionomia daquilo que havia sido ajustado, dificultando sobremaneira o cumprimento da avença original.

---

<sup>46</sup> GAMA JR, Lauro. op. cit., p. 365.

Por certo que este tipo de instrumento, considerando a situação atual do direito contratual brasileiro, não envolve os interesses apenas dos contratantes, mas também do Estado, do mercado e da sociedade. Com isso, fundamental a existência de mecanismos, como a cláusula de *hardship*, capazes de ajustar essas contratações, com o intuito de possibilitar a sua execução durante o interregno da relação obrigacional.

Portanto, é possível afirmar que esta espécie contratual mostra-se uma das férteis para a aplicação da *hardship*, sendo fundamental verificar quais são os seus elementos de formação a justificar estas readaptações.

### 2.2.2 As obrigações duradouras

No estudo do direito das obrigações verifica-se que estas, em relação ao tempo, podem ser divididas entre instantâneas<sup>47</sup> e duradouras (contínuas).<sup>48</sup>

Diante dessa diferenciação, relevante apenas referir que essa classificação, no âmbito do direito contratual, mostra-se de suma importância, posto que a partir desta análise que se faz possível verificar se ao caso poderá ser aplicada, ou não, a teoria da imprevisão, como forma de manter o justo equilíbrio entre os contratantes, que estão vinculados a uma obrigação que, como será visto a seguir, poderá se perdurar no tempo, posto que duradoura<sup>49</sup>.

Portanto, fundamental analisar de forma pormenorizada do que se tratam estas obrigações duradouras e que dão origem, conseqüentemente, a esta espécie contratual.

---

<sup>47</sup>“Diz-se *instantânea* ou *transeunte* a prestação a executar num só momento, extinguindo-se a correspondente obrigação com esse único acto isolado de satisfação do interesse do credor” ALMEIDA COSTA, Mario Julio de. **Direito das Obrigações**. 9 ed. revista e aumentada. Coimbra: Almedina, 2003. p. 645.

<sup>48</sup> ALMEIDA COSTA, op. cit., p. 644.

<sup>49</sup> MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil: direito das obrigações**, volume 4: 1ª parte. 32. ed. atual. por Carlos Alberto Dabus Maluf. São Paulo: Saraiva, 2003. p.55.

Para a obrigação ser duradoura deverá ser decorrente de uma única contratação, sendo que por esse único ajuste as partes assumem uma obrigação que será repetida no tempo<sup>50</sup>.

Seu conceito literal pode ser definido como aquela que “se protraí no tempo, caracterizando-se pela prática ou abstenção de atos reiterados, solvendo-se num espaço mais ou menos longo de tempo”<sup>51</sup>.

E no que se refere ao tempo, este será um “elemento duradouro”, que acaba vinculando-se à essência da prestação, constituindo uma de suas características, possibilitando àqueles que a integram uma maior intensidade de deveres, ressaltando assim a exteriorização do princípio da boa-fé<sup>52</sup>.

Na verdade, a obrigação será constituída por uma prestação, que como ensina Pontes de Miranda, organiza-se da seguinte forma:

A prestação de duração prolongada ou é de atos seguidos, ou de contínua consequência de ato, ou de **não fazer. Seja como for, o devedor presta e não pode impedir** a duração da prestação. É o que acontece com a prestação de arrendamento ou locação, de depósito, de administração, ou de uso e fruição, ou só de uso, ou só de fruição.<sup>53</sup>

Podem assim ser consideradas como aquelas em que o “o adimplemento sempre se renova sem que se manifeste alteração do débito”<sup>54</sup>, são relacionadas, portanto, à essência do dever de prestação.

Compreende-se então que:

As relações obrigacionais simples vivem desde a conclusão do negócio jurídico até o inadimplemento; as duradouras são adimplidas permanentemente e assim perduram sem que seja modificado o conteúdo e

<sup>50</sup> COUTO E SILVA, Clóvis V. do. **A Obrigação como Processo**. Porto Alegre, 1964. p. 215.

<sup>51</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro, volume 2: teoria das obrigações**. 24. ed. reformulada. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 139.

<sup>52</sup> MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo Código civil**, vol. 5, tomo I: do direito das obrigações, do adimplemento e da extinção das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

<sup>53</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado** Tomo XXII. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. p. 62.

<sup>54</sup> COUTO E SILVA. op. cit., p. 214.

dever de prestação, até o seu término pelo decurso do prazo, ou pela denúncia.<sup>55</sup>

As obrigações duradouras, dentro do conceito de processo, deverão ter dois momentos: início e fim. Ocorre que o adimplemento, que ocorrerá durante esses dois períodos, apenas evita uma nova cobrança por parte do credor daquilo que já pago, mas não muda, contudo, o débito contraído, ou a prestação final a ser cumprida pela outra parte.<sup>56</sup>

Estas prestações compreendem, então, “uma série de atos e abstenções”<sup>57</sup>, ou seja, a obrigação será uma só, mas os atos dessa contratação são múltiplos, cada qual com a sua prestação.

É passível, ainda, a relação de uma subclassificação, em que estas obrigações dividem-se, de acordo com as palavras de Mário Júlio de Almeida Costa, entre *divididas* e *continuativas*<sup>58</sup>.

Quando o cumprimento da obrigação for realizado por partes, em momentos diferentes, será a dividida (fracionada ou repartida). Já nos casos em que a prestação se prolonga de forma ininterrupta, estar-se-á frente a uma prestação continuativa (contínua ou de execução continuada)<sup>59</sup>.

Cabíveis ainda as palavras Orlando Gomes, quando não deixa dúvidas da sua conceituação no âmbito do direito contratual interno, ao afirmar “quando a obrigação se desdobra em prestações repetidas, o contrato de que se origina denomina-se *contrato de execução continuada* ou *trato sucessivo*, sujeitos a regras particulares”<sup>60</sup>.

Ocorre que este tratamento igualitário dado por Orlando Gomes às obrigações de execução continuada como sendo as mesmas que as de trato

---

<sup>55</sup> COUTO E SILVA. op. cit. p. 214.

<sup>56</sup> Ibid., p. 214

<sup>57</sup> GOMES, Orlando. **Obrigações**. 17. ed. 4 tiragem, atualizada e aumentada, de acordo com o Código Civil de 2002, por Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 52.

<sup>58</sup> ALMEIDA COSTA, op. cit., p. 645.

<sup>59</sup> Ibid., pp. 645-646.

<sup>60</sup> GOMES, Orlando. **Obrigações**. p. 52.

sucessivo não é sustentado por Mário Júlio de Almeida Costa, que na verdade afirma que as obrigações de trato sucessivo ocorreriam, apenas, quando houvesse diversas prestações a serem cumpridas dentro de uma certa – podendo ser inexata – regularidade<sup>61</sup>.

Esta obrigação difere-se, portanto, da obrigação reiterada, a qual exige que as partes renovem os termos daquilo que foi tratado, fazendo uma nova avença, que por fim terá o mesmo objeto obrigacional<sup>62</sup>.

Do mesmo modo não se confundem com as obrigações divisíveis, nesta o adimplemento é dividido, ou seja, existe apenas um objeto, uma obrigação, em que o devedor o cumpre de forma parcelada<sup>63</sup>, embora alguns autores não sustentem essa diferenciação.<sup>64</sup>

Por fim, no que se refere aos efeitos, cumpre destacar que:

Nesta espécie de obrigação há maior probabilidade de conflitos espaço-temporais, pois, relativamente ao seu inadimplemento, sobreleva o fato de que sua resolução será irretroativa, pois as prestações seriadas e autônomas ou independentes já cumpridas não serão atingidas pelo descumprimento das demais prestações, cujo vencimento se lhes seguir, uma vez que o seu adimplemento possui força extintiva.<sup>65</sup>

Conclui-se que o caráter desta classificação não é meramente teórico, pois “sob vários aspectos se patenteia o seu significado prático”<sup>66</sup>.

---

<sup>61</sup> ALMEIDA COSTA, op. cit., p. 646.

<sup>62</sup> COUTO E SILVA, op. cit., p. 215.

<sup>63</sup> MARTINS-COSTA, op. cit., p. 231.

<sup>64</sup> Arnaldo Rizzardo afirma que as obrigações de trato sucessivo se enquadram dentro das obrigações divisíveis, cabendo esclarecer que estas restam configuradas quando há uma satisfação, uma parcela a ser cumprida, como, por exemplo, nos casos de locação, ou pagamento de dívidas à prestações. RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das obrigações**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 51.

<sup>65</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro, volume 2: teoria das obrigações**. 24 ed. reformulada. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 138.

<sup>66</sup> ALMEIDA COSTA, op. cit., p. 646.

### 2.2.3 O conceito do contrato

Diante do que consiste o objeto de uma obrigação duradoura, bem como dos requisitos para que esta seja de trato sucessivo, verifica-se que esta se perfectibiliza nos contratos que permanecem no tempo, e que possuem uma obrigação, com diversas prestações, sendo justamente esta uma das razões para ser possível a utilização da cláusula de *hardship* nestes contratos que tem por objeto justamente esse tipo de obrigação.

Importante também esclarecer que a doutrina nomeia esses contratos de diferentes formas, ainda que o seu objeto seja justamente o mesmo. Portanto, quando da realização deste estudo, bem como das citações doutrinárias, será possível verificar as mais diferentes nomenclaturas. Como forma, então, de não deixar dúvidas, colacionam-se as palavras de Orlando Gomes que bem elenca as forma utilizadas pela doutrina:

A conceituação dos *contratos de duração* não é unívoca. As hesitações da doutrina começam na denominação, estendendo-se à delimitação e à diferenciação de subespécies. A figura é mais conhecida pelo nome de *contrato de trato sucessivo*. Outros preferem chamá-la de *contrato de execução continuada*, havendo quem os designe pela expressão *contratos de débito permanente* para contrapô-los aos de obrigação *transitória*. Prefere-se atualmente a denominação *contratos de duração*.<sup>67</sup>

Ocorre que mesmo com todas essas denominações para esse mesmo tipo de contrato, o que é incontroverso, e que deve ficar devidamente consignado, é que a característica essencial é a de que a execução da obrigação deverá ocorrer durante um interregno de tempo<sup>68</sup>.

Superado o conceito da obrigação que justifica essa espécie de contratação, como já verificado no tópico anterior, fundamental verificar, de forma mais específica, qual é a conceituação doutrinária desses contratos:

Contratos de *duração* são os que se protraem no tempo. A doutrina fixa várias espécies nessa categoria, não estando de acordo. Os contratos são

---

<sup>67</sup> GOMES, Orlando. **Contratos**. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 94.

<sup>68</sup> *Ibid.*, p. 95.

de *execução sucessiva* quando as relações das partes desenvolveram-se por um período mais ou menos longo, devido à própria natureza da relação. É o que sucede com o contrato de locação, de trabalho, de mútuo, comodato, sociedade, seguro etc.<sup>69</sup>

E essa conceituação não se encerra aí, cumprindo afirmar ainda que o contrato será de duração quando as partes assim ajustarem; ocorrendo, por exemplo:

Os contratos de fornecimento em geral, da mesma forma que os de locação de serviços e de coisas, são exemplos típicos de contratos comutativos, de execução sucessiva ou continuada. Caracterizam-se, ainda, estes contratos pelo fato de que as respectivas prestações serão realizadas em tempo futuro e periodicamente.<sup>70</sup>

Paulo Nader ensina que estes contratos “de *execução continuada* ou *trato sucessivo* são contratos permanentes em que as prestações de ambas as partes são contínuas”<sup>71</sup>.

Importante consignar o fato de que não estamos frente a obrigações distintas, sucessivas, mas sim de prestações com essas características, ou seja, “a obrigação é única; fracionam-se as prestações”<sup>72</sup>.

Mostra-se configurado nos casos em que “uma prestação tal que não é possível conceber sua satisfação em um só momento; mas, do contrário, tem que ser cumprida durante certo período de tempo, continuamente”<sup>73</sup>, ou seja, não se trata de um instrumento estanque, mas sim de uma continuidade independente de cumprimento da obrigação, que não atinge as já vencidas.

Agregam-se ainda as palavras de Caio Mario, que assim os caracteriza:

De execução sucessiva ou de trato sucessivo é o contrato que sobrevive, com a persistência da obrigação, muito embora ocorram soluções periódicas, até que, pelo implemento de uma condição, ou decurso de um

<sup>69</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil – Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos. Volume 2.** 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 417.

<sup>70</sup> WALD, Arnold. Contratos Aleatórios de venda de coisa futura e contratos comutativos atuais de execução continuada ou diferida. **Revista de Direito Civil, Imobiliário, agrário e empresarial**, a. 20, n. 76, abr-jun 2006, p. 29.

<sup>71</sup> NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil: contratos, volume 3.** Rio de Janeiro: Forense. p. 46.

<sup>72</sup> GOMES, Orlando. **Obrigações.** p. 95.

<sup>73</sup> *Ibid.*, p. 94.

prazo, cessa o próprio contrato. O que a caracteriza é o fato de que os pagamentos não geram a extinção da obrigação, que renasce. A duração ou continuidade da obrigação não é simplesmente suportada pelo credor, mas é requerida pelas partes contratantes.<sup>74</sup>

Há que destacar, portanto, que quando é falado na continuidade das prestações, essas serão aplicadas para ambas as partes, ou seja, não apenas o contratante ainda terá obrigações, como também o contratado. As prestações a serem cumpridas por ambas as partes são contínuas<sup>75</sup>.

Importante esclarecer, contudo, que essas prestações, que são cumpridas durante a vigência do contrato e referentes à obrigação assumida pelas partes, apresentam caráter de autonomia, ou seja, trata-se de atos juridicamente autônomos, possibilitando até mesmo ajustes diferentes para o cumprimento de cada uma delas<sup>76</sup>.

E em relação a esta continuidade das obrigações, com diversas prestações, tem-se ainda que esclarecer a questão de que a obrigação a ser cumprida é única, o que ocorre, na verdade, é uma continuação no momento do cumprimento desta, originando, então, essa prolongação no tempo<sup>77</sup>.

A prolongação do cumprimento da obrigação é, na verdade, um requisito destes contratos:

Nos contratos de duração em sentido estrito, ou seja nos de trato sucessivo, como no de distribuição, o alongar-se o adimplemento por uma certa duração é exigência para que o contrato satisfaça os interesses que levaram as partes a contratar, atingindo a sua finalidade, ou seja, é um *essentiale negotii*. O tempo faz parte, nesses contratos, da sua causa final, ou de sua função, ou de sua “causa”, sem adjetivação, no dizer habitual da maioria dos autores italianos<sup>78</sup>

<sup>74</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 41.

<sup>75</sup> NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil: contratos, volume 3**. Rio de Janeiro: Forense. p. 46.

<sup>76</sup> GUNZBURGER, Daniel Guerra. Direito Intertemporal e os contratos de trato sucessivo no novo Código Civil. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, a. 101, v. 380, jul-ago 2005, p. 26.

<sup>77</sup> GOMES, Orlando. **Obrigações**. p. 95.

<sup>78</sup> AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Contratos de distribuição – causa final dos contratos de trato sucessivo – resilição unilateral e seu momento de eficácia – interpretação contratual – negócio *per relationem* e preço determinável – conceito de “compra” de contrato e abuso de direito. **Revista dos Tribunais**, ano 93, vol. 826, ago 2004, p. 124.

A doutrina faz, também, uma classificação interna, afirmando que existem duas subespécies contratuais, sendo que muitas vezes estas são utilizadas, inclusive como já referido acima, como se fossem a classificação contratual em si, ou seja, credita-se à subespécie o título de categoria contratual, sendo eles os *contratos de duração de execução periódica* e os *contratos de duração de execução continuada*<sup>79</sup>.

E este posicionamento deve ainda ser complementado, cumprindo explicar que a razão para ser feita esta diferenciação entre as espécies contratuais é justamente para ver quais institutos que se aplicam a cada uma delas<sup>80</sup>.

Os primeiros, de *execução periódica*, equivaleriam aos contratos de trato sucessivo, ou seja, trata-se de uma prestação periodicamente repetida<sup>81</sup>. Já os de *execução continuada* equivalem àqueles em que a prestação é única, mas ininterrupta<sup>82</sup>.

No que se refere à possibilidade de revisão, explica-se que na própria definição do conceito destes contratos já é feita a ressalva quanto à possibilidade de ajustes futuros. Não havendo dúvidas, portanto, de que a doutrina recepciona completamente esta possibilidade do contrato sofrer ajustes posteriores, sendo esta até mesmo uma característica dessa espécie contratual, inclusive com posição clara da doutrina favorável à possibilidade de aplicação da teoria da imprevisão a esses contratos:

É no decurso de adimplemento do contrato que as condições originárias contratas podem ser alteradas de molde a influírem jurídica e justificadamente no cumprimento de suas cláusulas. Daí então o grande interesse prático desta distinção.<sup>83</sup>

Ainda no que consiste à aplicação da teoria da imprevisão – ponto que será mais bem analisado no tópico a seguir – deve ser aclarado que esta só pode poderá

---

<sup>79</sup> GOMES, Orlando. **Contratos**. p. 94.

<sup>80</sup> NADER, op. cit., p. 47.

<sup>81</sup> GOMES, Orlando. **Contratos**. p. 94.

<sup>82</sup> Ibid., p. 95.

<sup>83</sup> VENOSA, op. cit., p. 417.

ser utilizada nos casos de contratos de execução diferida ou continuada, justamente nos termos do que determinam os artigos 478 a 480 do Código Civil<sup>84</sup>.

Em relação aos efeitos da contratação, insta referir que nessa espécie contratual, quando ocorre a resolução, os efeitos até então já produzidos não serão afetados, valendo-se a resolução apenas para aquilo que ainda estava pendente de prestação<sup>85</sup>, “diz-se, por isso, que vigora o princípio da *irretroatividade* a respeito dos *contratos de duração*, explicável pelo fato de que os atos singulares de execução são juridicamente autônomos”<sup>87</sup>. Tem-se como um exemplo o contrato de trabalho, em que uma vez prestado o trabalho, o trabalhador não tem como restituí-lo.

Existem ainda mais dois pontos atinentes aos efeitos desses contratos que merecem destaque. O primeiro deles reside no fato de que quando a contratação é sucessiva, o rompimento do instrumento só poderá ocorrer de forma unilateral em casos excepcionais; já o segundo é atinente à prescrição da ação de resolução do contrato, que irá ter um prazo diferente, mas condizente com cada uma das prestações, sendo que o direito de recebimento destas é de acordo com o vencimento individual, não se estabelecendo relação entre prestações vincendas e vencidas<sup>88</sup>.

#### 2.2.4 Formas de manutenção (readaptação) do contrato

Conhecida a formação do contrato duradouro, mister se faz uma análise um pouco mais aprofundada das formas que a doutrina reconhece para que a sua

---

<sup>84</sup> 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 alterada o modo de executá-la, a fim de evitar a onerosidade excessiva.

<sup>85</sup> NADER, op. cit., p. 47.

<sup>86</sup> VENOSA, op. cit., p. 417.

<sup>87</sup> GOMES, Orlando. **Contratos**. p. 96.

<sup>88</sup> PEREIRA, op. cit., pp. 41-42.

vigência possa ser mantida, ainda que ocorram fatos supervenientes à vontade das partes, a ponto de justificar, por exemplo, a aplicação da cláusula de *hardship*.

Na verdade, esta parte do estudo tem a intenção de justamente apontar quais são os limites concedidos pelo nosso ordenamento jurídico para viabilizar a alteração do contrato, relativizando assim o conceito de *pacta sunt servanda* e, conseqüentemente, recepcionando a teoria da imprevisão<sup>89</sup>.

Venosa, ao analisar esta relativização desse tradicional princípio contratual afirma que:

O contrato estabelece uma lei entre as partes. Essa força legal do contrato é sentida pelos participantes do negócio de forma mais concreta do que a própria lei, porque lhes regula relações muito mais próximas. No entanto, a nova concepção do contrato, suas novas funções desempenhadas na sociedade e no Estado modernos exigem, por exceção, uma atenuação do princípio geral.<sup>90</sup>

O direito interno positivo, com o advento do Código Civil de 2002, introduziu de forma inquestionável a possibilidade de alteração dos contratos, tratando da matéria nos artigos 478 até 480, já acima elencados. E não apenas esses artigos, como também o artigo 317<sup>91</sup> deixa clara a sua consagração no nosso ordenamento jurídico.

As opções concedidas pelo legislador residem entre a possibilidade de readaptação do contrato – judicial ou extrajudicial – como até mesmo a sua resolução. Contudo, na medida em que a preocupação deste trabalho é justamente demonstrar formas de proteger as contratações, dando a estas a maior executividade possível, analisaremos aqui a aplicação da teoria da imprevisão de forma a justificar ajustes às cláusulas contratuais que apresentem desequilíbrio.

Oportuno ressaltar que mesmo frente a este posicionamento legal que autoriza a alteração dos termos contratuais mediante a intervenção do Judiciário,

---

<sup>89</sup> VENOSA, op. cit., p. 461.

<sup>90</sup> Ibid., p. 461.

<sup>91</sup> Art. 317: Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação.

resta claro que caso as partes entendam, de comum acordo – inclusive por meio da autonomia da vontade que lhes é conferida pelo nosso ordenamento jurídico – por uma renegociação extrajudicial, não há qualquer óbice<sup>92</sup>. Inclusive, é até mesmo viável a inserção de cláusulas que possibilitem, de alguma forma, prever eventuais desequilíbrios e formas de solução, ou seja, “a vontade conjunta dos contratantes, como é curial, pode evidentemente revisar e alterar o pactuado, dentro dos princípios de sua autonomia.”<sup>93</sup>.

Portanto, fundamental verificar como esta possibilidade legal se processa na prática, relativamente aos contratos duradouros.

## 2.2.5 A teoria da imprevisão

### 2.2.5.1 O surgimento

Esta teoria apresenta sua primeira utilização na Idade Média, pelo direito canônico, com a cláusula *rebus sic stantibus*<sup>94</sup>; entende-se, contudo, que seu surgimento é ainda mais antigo: em Roma, sem que neste período tivesse havido qualquer espécie de sistematização do seu funcionamento. Diz-se, até mesmo, que o código de Hamurabi já previa algo neste sentido, quando admitia a impossibilidade de prever o resultado das colheitas<sup>95</sup>.

Ocorre que com o surgimento do Código Civil Francês de 1804 inseriu-se a idéia de vinculatividade dos contratos, opondo-se então o Código Napoleônico a esta recepção da imprevisão, na medida em que esta codificação tinha em suas

---

<sup>92</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil**. v. 3. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 102.

<sup>93</sup> VENOSA, op. cit., p. 461.

<sup>94</sup> “Foi São Tomás de Aquino quem consolidou as idéias expostas por Sêneca sedimentando a teoria dos canonistas sobre a cláusula *rebus sic stantibus*, inspirando a moderna teoria da imprevisão (...). À época, discutia-se a extensão da cláusula tendendo alguns a ampliá-la e outros a restringi-la, especialmente no que dizia respeito aos atos bilaterais e aos unilaterais. É nestas discussões que se fixa o tipo de ato que comportaria a incidência da cláusula, a saber, as que tivessem trato sucessivo.” SILVA, Luis Renato Ferreira da. **Revisão dos contratos: do Código Civil ao Código do Consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 99.

<sup>95</sup> VENOSA, op. cit., p. 465.

bases justamente a concepção de economia liberal clássica, sendo extremamente necessário, para suportar esta teoria, a impossibilidade de mutação das cláusulas contratuais<sup>96</sup>.

Já a iniciação da possibilidade de revisão dos contratos na nossa realidade jurídica deu-se após a Primeira Guerra Mundial, quando os contratantes não tinham condições de manter as avenças, pois a depreciação monetária causou um grande impacto no equilíbrio econômico da época. Os envolvidos, diante da impossibilidade de manutenção do contrato, tinham duas possibilidades: resolver os instrumentos ou requerer a revisão destes<sup>97</sup>.

Possível afirmar então que “ocorre, portanto, um renascimento histórico da teoria no século XX, embora os fundamentos sejam bastante antigos”<sup>98</sup>, onde houve uma consolidação da teoria, que apenas “carecia de um caráter mais técnico-jurídico”<sup>99</sup>.

#### 2.2.5.2 Conceito e aplicação da teoria

Existem algumas teorias que tentam explicar a imprevisão, como, por exemplo, a teoria de windscheid (pressuposição), da superveniência, das circunstâncias extracontratuais, do erro e, ainda, teorias com fundamentação moral<sup>100</sup>.

---

<sup>96</sup> SILVA, Luis Renato Ferreira da. op. cit., p. 101.

<sup>97</sup> NADER, op. cit., p. 151.

<sup>98</sup> VENOSA, op. cit., p. 465.

<sup>99</sup> SILVA, Luis Renato Ferreira da. op. cit., p. 97.

<sup>100</sup> No que se refere à teoria da *pressuposição* é possível afirmar que surgiu na Alemanha, à época do BGB, e defendia que a manifestação de vontade era feita conjuntamente com a ressalva de que caso suas suposições não fossem aquelas, esta manifestação de vontade perderia completamente sua força. Já a segunda teoria, da *superveniência*, era defendida por Giuseppe Osti, que entedia que a vontade do conteúdo negocial era bipartida, sendo que uma delas, denominada como vontade marginal, consistia no fato de que caso as representações objetivas do negócio falhassem, a vontade negocial não se aperfeiçoaria, sendo que esta falha deveria advir de acontecimentos imprevisíveis. Em relação às *circunstâncias extracontratuais*, trazida por Bruzin, afirma-se que durante a contratação podem ocorrer fatos imprevisíveis, sendo que estes fatos não poderão ser ignorados pelas partes, pois acabariam deturpando a vontade destas. A teoria do *erro* defende que as partes, quando contratam, entendem que o negócio continuará daquela forma exata, com isso, caso fatos imprevisíveis incidam sobre o pacto, o negócio poderia ser anulável pelo erro. Em relação às teorias

E é aí que nasce – ou insere-se – no nosso ordenamento jurídico a teoria da imprevisão, aplicável aos contratos duradouros, pois se tratando de um contrato que perdura no tempo, evidente que alterações na situação que existia no momento da contratação poderão ocorrer, originando, então, uma “quebra na comutatividade inicialmente fixada”<sup>101</sup>.

Afinal, é esta imprevisão que autoriza a reformulação contratual – até mesmo com eventual necessidade de intervenção judicial, caso as partes não cheguem a um consenso – sendo impossível a sua aplicação em qualquer uma das espécies de contrato de execução imediata<sup>102</sup>.

E isso porque existem riscos que podem advir da contratação, e que deverão ser sanados – ou minorados – com a utilização de remédios legais em que acabe prevalecendo o equilíbrio contratual, e fazendo com que este instrumento perdure pelo tempo que for necessário às partes<sup>103</sup>, entrando neste ponto a teoria aqui estudada.

No que se refere a estes riscos assumidos pela partes, por certo que ficam dentro de alguns limites, ou seja, dentro de um conjunto de ocorrências possíveis. É feita uma perspectiva do que poderá ocorrer, de acordo com as circunstâncias existentes:

Ao emitirem seu consentimento, as partes consideram o conjunto de circunstâncias existentes, fazendo ainda as suas previsões quanto ao futuro, mas de acordo com as projeções lógicas e razoáveis do presente. As partes se obrigam tendo em vista o quadro de realidade, que envolve o presente e suas perspectivas.<sup>104</sup>

Estas modificações consideradas normais deverão ser previstas pelas partes, ou seja, existe uma margem de alteração que faz parte do risco do negócio,

---

*com fundamentação moral* afirma-se que estas tentam desvirtuar-se da idéia de vontade e contrato, para buscar uma explicação na moral e na equidade, entendendo que qualquer disparidade que possa ocorrer no contrato deva ser analisada sob esta ótica. Os defensores desta teoria são contrários à revisão dos contratos da forma em que hoje ocorre. SILVA, Luis Renato Ferreira da. op. cit., p. 102-107.

<sup>101</sup> SILVA, Luis Renato Ferreira da. op. cit., p. 95.

<sup>102</sup> VENOSA, op. cit., p. 462.

<sup>103</sup> NADER, op. cit., p. 151.

<sup>104</sup> Ibid., p. 151.

quando se tratam de “uma das razões que movem o indivíduo a contratar, garantindo-lhe contra as variações que trariam insegurança às suas relações jurídicas”<sup>105</sup>.

A aplicação da teoria mostra-se passível de utilização, então, quando há “a ocorrência de fatos extraordinários e não previsíveis, que desvirtuem a comutatividade do contrato, quebrando absolutamente o seu equilíbrio”<sup>106</sup>; é verificada, portanto, a alteração da realidade socioeconômica em que as partes firmaram o instrumento:

Exige-se que a alteração das circunstâncias seja de tal ordem que a excessiva onerosidade da prestação não possa ser prevista. Por outras palavras, a imprevisão há de decorrer do fato de ser a alteração determinada por circunstâncias extraordinárias.<sup>107</sup>

Existe, ainda, o posicionamento de que não basta uma “mera” alteração, sem possibilidade de previsão, para que seja admitida esta hipótese de alterar o que foi estipulado pelas partes; necessária a existência de uma condição imprevisível e de vulto relevante, que cause um extremo impacto econômico, que poderia até mesmo caracterizar a impossibilidade de cumprimento da avença<sup>108</sup>.

Contudo, Orlando Gomes, responsável por este pensamento, prontamente o afasta, quando afirma que:

Pretende-se, até, criar a categoria de *impossibilidade econômica*, ao lado da física e da jurídica, para justificar a resolução do contrato, mas, se a equiparação procedesse, estar-se-ia nos domínios da força maior, não cabendo, em consequência, outra construção teórica. A onerosidade excessiva não implica, com efeito, impossibilidade superveniente de cumprir a obrigação, mas apenas dificulta, embora extremamente, o adimplemento.<sup>109</sup>

---

<sup>105</sup> GOMES, Orlando. **Contratos**. p. 41.

<sup>106</sup> DRUCK, Tatiana Oliveira. **O novo direito obrigacional e os contratos**. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direito de empresa e contratos*. 2. ed. São Paulo: IOB, 2005. p. 59.

<sup>107</sup> GOMES, Orlando. **Contratos**. p. 41.

<sup>108</sup> *Ibid.*, p. 41.

<sup>109</sup> *Ibid.*, p. 41.

Conclui-se, portanto, que três são os requisitos para aplicação da teoria da imprevisão: (i) fato superveniente e imprevisível<sup>110</sup>, (ii) extraordinário<sup>111</sup> e (iii) onerosidade excessiva<sup>112</sup> a ser suportada por uma das partes, e comprovada pela outra.

Cumpra esclarecer que estes requisitos são essenciais para configuração da teoria, já que “devem atingir uma camada mais ou menos ampla da sociedade. Caso

---

<sup>110</sup> Neste sentido, “APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO. EMBARGOS À EXECUÇÃO. INVOCAÇÃO DA TEORIA DA IMPREVISÃO. REUNIÃO DE ELEMENTOS ATUÁVEIS. VEDAÇÃO AO COMPORTAMENTO CONTRADITÓRIO. 1- Teoria da imprevisão: a teoria da imprevisão busca remediar a alteração objetiva, imprevista e imprevisível das contingências existentes no momento da contratação, contra a onerosidade excessiva, traduzida no desequilíbrio prestacional, e contra o enriquecimento de um dos contratantes, com prejuízos do outro, não previstos no negócio jurídico. No caso em exame, não há reunião dos requisitos autorizadores da aplicação da teoria da imprevisão. **Isso porque, é imprescindível a existência de um lapso temporal entre a contratação e o cumprimento da obrigação, isto é, entre a formação do vínculo e o implemento da prestação, o que, salvo melhor juízo, não se verifica no caso concreto.** Ademais, não há notícia de prestação excessivamente onerosa a uma das partes e extrema vantagem a outra parte. Ainda, não se pode apurar a existência de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, a autorizar o pleito de resolução contratual. A par da ausência de requisitos indispensáveis, a devedora postula a revisão do contrato ensejador do instrumento de confissão de dívida, com base na teoria da imprevisão, quando a lei civil autoriza, ao devedor, a resolução do pacto e, ao credor, modificar equitativamente as condições do contrato (art. 479 CCB). 2- Vedação ao comportamento contraditório: ao se resignarem com os termos do instrumento de confissão de dívida, e, em momento posterior e desfavorável aos seus interesses, contrariarem conduta anterior, os devedores incorrem na vedação ao comportamento contraditório, dever decantado do princípio da boa-fé objetiva, e que orchestra o comportamento das partes no internegocial. Apelo desprovido. (Apelação Cível Nº 70028308328, Décima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Umberto Guaspari Sudbrack, Julgado em 17/06/2010)”. Grifou-se.

<sup>111</sup> Neste sentido, “ADMINISTRATIVO - CONTRATO - CORREÇÃO MONETÁRIA - APLICAÇÃO DO IPC - TEORIA DA IMPREVISÃO.

1. O STJ tem reconhecido a aplicação do IPC nos meses de março e abril de 1990, porque foi este o índice que, atrelando a economia como um todo, mensurou efetivamente a inflação, enquanto o BTN veio a sofrer de parte dessa real inflação. Múltiplos precedentes em indenizações, repetições de indébito, desapropriações, contas vinculadas do FGTS, no reajuste das prestações do SFH, etc.

2. Segundo o voto condutor, o contrato previa em suas cláusulas o reajuste das prestações pelo IPC. **Tal índice não se apresenta extorsivo ou exorbitante a justificar a excepcionalidade da Teoria da Imprevisão.**

3. Recurso especial improvido.

(REsp 476634 / DF – 2ª Turma STJ – Ministra Relatora Eliana Calmon - DJ 04/10/2004 p. 234)”. Grifou-se.

<sup>112</sup> Esta necessidade de configuração da onerosidade excessiva é justamente a adotado pelo Código Civil italiano de 1942. O código italiano, além de referir a onerosidade excessiva, também entende que deverá ser aplicada a teoria sobre contratos de execução continuada, que o evento que dá azo para sua utilização deverá ser extraordinário e, por fim, em casos nos quais o dano ultrapasse os ricos normais da contratação, ou seja, evidente que o Código Civil brasileiro buscou subsídios no italiano para caracterizar os elementos necessários à configuração da teoria no direito pátrio.

Pertinente referir que o Código Civil argentino, em 1968, também adotou estes requisitos, somando-se a estes a idéia de que deverá ficar comprovada a inexistência de culpa ou mora daquele que indica a onerosidade. SILVA, Luis Renato Ferreira da. op. cit., p. 109.

contrário, qualquer vicissitude na vida particular do obrigado serviria de respaldo ao não-cumprimento da avença.”<sup>113</sup>.

E aqui há de ser feita a ressalva de que caso a alteração contratual seja expressiva, causando um grande impacto para uma das partes, e alterando sobremaneira o equilíbrio contratual, mas, no entanto, previsível, não há que se falar na possibilidade de resolução ou alteração do pacto<sup>114</sup>. Vigora, aqui, o princípio da força obrigatória dos contratos, que será analisado no capítulo a seguir.

Explorando a questão ainda sob a ótica da força obrigatória dos contratos, é possível verificar que existem várias outras fontes que embasaram a adoção da teoria da imprevisão pelo legislador, possibilitando assim a relativização deste princípio, como, por exemplo: a equidade, a boa-fé e a proibição ao abuso de direito, entre tantas outras<sup>115</sup>.

A lei, analisando puramente o artigo 478 do Código Civil, autoriza uma das partes a pedir a resolução do contrato caso demonstre que este se tornou demasiadamente oneroso, contudo, prontamente corrige esta opção extremista, ao trazer, já no artigo de 479, esta possibilidade de ajustar os termos da contratação, não havendo dúvidas acerca da “preferência do legislador pela manutenção dos pactos”<sup>116</sup>.

Caso o contrato seja unilateral (comodato ou doação sem encargos, por exemplo), enquadra-se na previsão do artigo 480 do Código Civil, na qual apenas um das partes assume obrigações, podendo, então, pleitear judicialmente pela revisão *res debita*, evitando assim a onerosidade excessiva, alterando, para tanto, a forma do pagamento<sup>117</sup>.

E no que se refere à possibilidade de ser realizada esta readaptação contratual, insta destacar que esta deverá ser feita de acordo com os princípios

---

<sup>113</sup> VENOSA, op. cit., p. 465.

<sup>114</sup> GOMES, Orlando. **Contratos**. p. 41.

<sup>115</sup> Ibid., p. 42.

<sup>116</sup> DRUCK, op. cit., p. 59

<sup>117</sup> NADER, op. cit., p. 151.

basilares do Código Civil, que serão estudados no capítulo posterior, justamente para que estas alterações sejam válidas, ou seja, estas medidas concedidas pelo legislador deverão estar de acordo com os demais fundamentos do nosso ordenamento jurídico, justamente para que não haja qualquer questionamento relativo a sua validade.

Ao tratar sobre o tema, Ruy Rosado Aguiar Junior assim ensina:

As modificações supervenientes que atingem o contrato sem que possam ser qualificadas como integrantes do seu risco natural ou determinantes de sua extinção, podem ensejar pedido judicial de revisão do negócio jurídico, se ainda possível manter o vínculo com modificações nas prestações (art. 479 CCB), ou de resolução (art. 478 CCB), a ser apreciado tendo em conta as cláusulas gerais sobre o enriquecimento injusto (art. 884 CCB), a boa-fé (art. 422 CCB) e o fim social do contrato (art. 421 CCB), se houver modificação da base do negócio que signifique quebra insuportável da equivalência ou frustração definitiva da finalidade contratual objetiva.<sup>118</sup>

Ainda que o objeto deste estudo seja, majoritariamente, uma readaptação dos contratos de forma extrajudicial, justamente para que as partes possam, da forma menos onerosa possível, manter pelo máximo de tempo as contratações realizadas, importante explicar que caso seja necessária a revisão dos contratos de forma unilateral esta apenas poderá operar no âmbito judicial. Inevitável, então, a existência de um processo, de uma sentença<sup>119</sup>.

O julgador pode, mediante o requerimento da parte – e deve, caso verificada a onerosidade excessiva – inclusive promover esta resolução do pacto prevista pelo Código Civil.

Contudo, o que se pretende é justamente evitar a necessidade de intervenção judicial, que não só onera ambas as partes, como também pode fazer com que o negócio deixe de ser interessante para uma delas.

---

<sup>118</sup> AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor:** resolução. Rio de Janeiro: Aide, 2003. p. 151

<sup>119</sup> VENOSA, op. cit., p. 467.

A aplicação da teoria se mostra ideal quando sustenta a possibilidade das partes fazerem ajustes que permitam a sobrevivência da contratação, mesmo com a ocorrência de fatos supervenientes e não previstos.

No que se refere aos contratos internacionais, que recepcionam a *hardship*, justificando sua análise neste ponto do estudo, convém referir que o UNIDROIT também recepciona a teoria, evidenciando assim a uniformidade do ordenamento jurídico interno com o que vem sendo aplicado nos contratos internacionais:

Na maioria dos sistemas nacionais, *pacta sunt servanda* é excepcionado em situações que, sobrevindo à celebração do contrato, alterem fundamentalmente o seu equilíbrio econômico, prejudicando uma das partes sem, contudo, impossibilitar-lhe o cumprimento da prestação.<sup>120</sup>

O que se vê, portanto, é uma alteração na lei, inclusive aproximando-se de outros ordenamentos jurídicos, como forma de possibilitar que as partes disponham melhor de seus interesses; sem, contudo, onerar de forma vultosa nenhum dos envolvidos, nem mesmo ferir os princípios basilares do nosso direito interno.

É a busca por um ajuste das contratações, possibilitando assim a sua manutenção com um suporte legal, mesmo frente a fatos inesperados pelas partes quando da realização desta contratação.

---

<sup>120</sup> GAMA JR, op. cit., p.363.

### 3 OS PRINCÍPIOS CONTRATUAIS DE DIREITO INTERNO APLICÁVEIS À CLÁUSULA DE *HARDSHIP*

Depois de analisado o contexto em que essas cláusulas, para viabilizar a execução do contrato, são inseridas nos contratos internacionais, fundamental verificar qual é a realidade dos contratos internos, quais são seus fundamentos de formação, para que só então possa ser feita análise acerca da possibilidade de utilização da cláusula de *hardship* no direito interno.

Para isso será feita uma análise dos princípios contratuais que podem ser considerados como norteadores à regulamentação contratual em relação à *hardship*.

O atual Direito dos Contratos é embasado em quatro princípios que podem ser considerados como fundamentais: a autonomia da vontade, o consensualismo, a força obrigatória e a boa-fé. Existem mais dois princípios que também devem ser elencados, mas que foram posteriormente trazidos pelo Código Civil de 2002, quais sejam, o equilíbrio econômico do contrato e a sua função social<sup>121</sup>.

Considerando, então, o objeto maior deste estudo, analisaremos os que melhor dão embasamento à aplicação de um instituto internacional aos contratos internos: a boa-fé, o equilíbrio econômico do contrato, a função social, a autonomia da vontade (analisando aqui também a liberdade de contratar) e força obrigatória dos contratos.

Até mesmo porque, o Código Civil de 2002 procurou, de forma incontroversa, agregar aos instrumentos contratuais valores até então não tutelados, valores estes de cunho ético, econômico e social, representando, em contrapartida, uma limitação à autonomia da vontade das partes<sup>122</sup>.

---

<sup>121</sup> GOMES, Orlando. **Contratos**. p. 25.

<sup>122</sup> DRUCK, op. cit., p 45.

### 3.1 A BOA-FÉ OBJETIVA

O princípio da boa-fé deve ser objeto de especial estudo deste trabalho, quando norteia todas as relações contratuais de direito interno.

O Código Civil Brasileiro de 2002 evidenciou a importância desse princípio para o nosso ordenamento jurídico, tipificando a obrigatoriedade da sua utilização por meio do seu artigo 422, que assim determina “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

E ainda que o artigo 422 do Código Civil possa ser considerado como o de maior relevância para esta análise, cumpre também destacar que o artigo 113 do Código Civil<sup>123</sup> da mesma forma recebe a boa-fé como parte do nosso sistema jurídico<sup>124</sup>.

Contudo, ainda que a tipificação tenha sido trazida pelo Código de 2002, este entendimento há muito já está presente no nosso sistema jurídico, considerando aqui a posição da doutrina e da jurisprudência.

Orlando Gomes define o princípio da boa-fé como:

Ao princípio da boa-fé empresta-se ainda outro significado. Para traduzir o interesse social de segurança das relações jurídicas, diz-se, como está expresso no Código Civil alemão, que as partes devem agir com *lealdade e confiança recíprocas*. Numa palavra, devem proceder com *boa-fé*. Indo mais adiante, aventa-se a idéia de que entre o credor e o devedor é necessária a *colaboração*, um ajudando o outro na execução do contrato. A tanto, evidentemente, não se pode chegar, dada a contraposição de interesses, mas é certo que a conduta, tanto de um como de outro, subordina-se a regras que visam a impedir dificulte uma parte a ação da outra.<sup>125</sup>

A fim de complementar esta definição, limitando-a ao objeto deste estudo – a boa-fé objetiva aplicada pelo Código Civil – é possível conceituá-la, também, de

---

<sup>123</sup> Art. 113 "do CC: Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

<sup>124</sup> NADER, op. cit., p. 28.

<sup>125</sup> GOMES, Orlando. **Contratos**. p. 43.

forma a entender que “a boa-fé objetiva pode ser considerada como a norma que impõe o padrão da conduta, objetivamente, sem se preocupar com o estado de consciência do partícipe da relação”<sup>126</sup>.

Para estabelecer a diferencia existente entre as duas espécies de boa-fé – objetiva e subjetiva – entende-se por subjetiva aquela que “o manifestante de vontade crê que sua conduta é correta, tendo em vista o grau de conhecimento que possui de um negócio”<sup>127</sup>.

Cabível ainda trazer o entendimento de que “a boa-fé nos contratos significa, portanto, a honestidade e justiça nas condições gerais estabelecidas”<sup>128</sup>, ou seja, guia a forma pela qual os contratantes devem agir, trazendo limites até mesmo às obrigações de cada parte<sup>129</sup>.

Visa à proteção dos bens desde a sua conceituação e recepção pelo Direito Alemão, quais sejam: a honestidade, a retidão, a lealdade e a consideração com os interesses do ‘alter’, membro do conjunto social devidamente tutelado<sup>130</sup>.

Além disso, como em alguns ordenamentos jurídicos, a boa-fé objetiva é considerada, bem como aplicada, como um princípio – o que era feito também no direito interno antes de Código Civil atual – desempenhando três relevantes funções: de interpretação, concretização e controle<sup>131</sup>.

O Código Civil Alemão – BGB – no § 242<sup>132</sup> levou, por sua vez, a boa-fé a um patamar diferenciado, de cláusula geral, como antes já dito por Orlando

---

<sup>126</sup> SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. **A boa-fé e a violação positiva do contrato**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 32.

<sup>127</sup> VENOSA, op. cit., p. 379.

<sup>128</sup> NADER, Paulo. op. cit., p. 29.

<sup>129</sup> SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. op. cit., p. 34.

<sup>129</sup> COUTO E SILVA, op. cit., p. 31.

<sup>130</sup> MARTINS-COSTA, op. cit., p. 412.

<sup>131</sup> FRADERA, Vera Jacob de. **A boa-fé objetiva, uma noção presente no conceito alemão, brasileiro e japonês de contrato**. In: Revista Brasileira de Direito Comparado. Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, 2003. pp. 127-157.

<sup>132</sup> “**Boa-fé como critério de realização da relação obrigacional** – O devedor está obrigado a realizar a prestação como exige a boa-fé aliada à atenção aos usos do tráfico”. SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. op. cit., p. 34.

Gomes<sup>133</sup>, servindo como exemplo para o nosso atual Código Civil<sup>134</sup>, conforme será demonstrado a seguir.

Contudo, antes de enfrentar a questão deste princípio como cláusula geral do nosso direito interno, cumpre compreender a idéia principiológica de boa-fé, originária do Direito Romano<sup>135</sup>, onde se prezava de forma incontroversa pelo comportamento ético dos contratantes, fator esse que posteriormente era considerado pelos árbitros ao proferir as sentenças, quando avaliavam a conduta das partes durante a celebração do negócio jurídico.<sup>136</sup>

Entende-se, inclusive, que a idéia de boa-fé pode até mesmo ser anterior ao Direito Romano, pois estaria ligada, segundo a tradição recolhida por Dionísio de Halicarnasso, à própria fundação de Roma<sup>137</sup>.

Ainda em relação ao surgimento da boa-fé, verifica-se que já no Direito Romano deu-se sua primeira utilização nos contratos internacionais, quando no primeiro tratado realizado entre Roma e Cartago consignou-se que:

Cada uma das partes contraentes *prometia, sobre a própria fé – publica fides*, ou seja, *sobre a fé que liga a coletividade ao respeito das convenções livremente pactuadas* –, a assistência ao cidadão da outra cidade para a proteção dos interesses nascidos dos negócios privados.<sup>138</sup>

Posteriormente, a cultura germânica também a utilizou, antes mesmo do BGB, mas de forma diferenciada do Direito Romano, quando substituiu a idéia de *fidelidade (fides)*, anteriormente trazida, pela idéia de *lealdade (treu ou treue)* e *crença (glauben ou glaube)*<sup>139</sup>.

<sup>133</sup> GOMES, Orlando. **Contratos**. p. 43.

<sup>134</sup> Cumpre aqui registrar a crítica feita ao BGB quando da sua aprovação:

“Com efeito, a inserção deste tipo de norma num código formado e modelado pela pandectística poderia surpreender. Não haverá, portanto, surpresa ao saber que a aprovação do BGB, em 18 de agosto de 1896, deu-se em meio a fortes críticas ao “caráter elástico” de algumas de suas disposições e ao apelo “demasiadamente freqüente”, aí implicado, ao “poder discricionário do juiz”.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. 1ª ed. 2ª tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 288.

<sup>135</sup> “O direito romano recebeu da ética o seu conceito”. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. Tomo I. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. p. 138.

<sup>136</sup> COUTO E SILVA, op. cit., p. 28.

<sup>137</sup> MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. p. 111.

<sup>138</sup> Ibid., p. 113.

<sup>139</sup> Ibid., p. 125.

Existe, ainda, uma terceira fórmula de utilização da boa-fé em relação à sua raiz de formação, que se embasa no Direito Canônico. Aqui a idéia – bem como a forma com a qual era aplicada – baseava-se no fato de que a boa-fé seria a ausência de pecado. Com isso, afastou-se o conceito técnico empregado no Direito Romano, ampliando-a como um sentido geral do Direito Canônico<sup>140</sup>.

Posteriormente, a Idade Moderna, guiada pelo humanismo, aplicava o jusracionalismo, como forma de fixar os princípios do direito natural, que por sua vez procurou determinar alguns “princípios gerais, deduzidos pela razão, dos quais poderiam ser ordenados, mediante dedução, as demais regras e institutos jurídicos”<sup>141</sup>. E é daí que advém a boa-fé como princípio geral.

Ocorre que antes mesmo do Código Civil atual incorporá-la ao nosso ordenamento jurídico de forma inequívoca, com menção mediante artigo de lei, Pontes de Miranda já sustentava a necessidade de aplicação:

No mundo de hoje, tem-se de proteger, em mais larga extensão, a boa-fé, porque a intensidade da vida, a circulação incessante, a deslocação das pessoas e das coisas não permitem que se conheçam, sempre, todos os dados de que se precisa para se saber exatamente qual a situação jurídica. A ciência jurídica e a técnica jurídica legislativa foram descobrindo casos em que seria proveitoso amparar o que confiou, dando-se *eficácia* a negócios jurídicos, que não na teriam, sem novas regras jurídicas sobre a boa-fé, ou tornando-se fatos jurídicos fatos que, antes, a despeito da boa-fé dos figurantes, não no seriam (= não entrariam no mundo jurídico): então, e só então e nessas espécies.<sup>142</sup>

Clóvis V. do Couto e Silva, ao analisar a boa-fé também sustentava sua utilização mesmo sem a existência de uma imposição legal:

Contudo, a inexistência, no Código Civil, de artigo semelhante ao § 242 do BGB não impede que o princípio tenha vigência em nosso direito das obrigações, pois se trata de proposição jurídica, com significado de regra de conduta. O mandamento de conduta engloba todos os que participam do vínculo obrigacional e estabelece, entre eles, um elo cooperação, em face do fim objetivo a que visam.<sup>143</sup>

---

<sup>140</sup> MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. p. 130.

<sup>141</sup> *Ibid.*, p. 155.

<sup>142</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. Tomo I. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. p. 138.

<sup>143</sup> COUTO E SILVA, op. cit., p. 31.

Judith Martins Costa inclusive afirma – e bem demonstra – que a boa-fé não deve ser conceituada, quando na verdade é utilizada como uma cláusula geral<sup>144</sup>, à qual “deve-se assinalar os traços que lhe vêm sendo relacionados no que diz com o seu papel enquanto técnica legislativa, pois é aí, na contraposição à técnica da

---

<sup>144</sup> Neste sentido, “ADMINISTRATIVO E CIVIL - RECURSO ESPECIAL - AÇÃO ORDINÁRIA - COBRANÇA DE VALORES PÚBLICOS - LIMINAR QUE AUTORIZOU PAGAMENTO DE TRATAMENTO DE SAÚDE NO EXTERIOR - REVOGAÇÃO SUPERVENIENTE – EFEITOS SOBRE SITUAÇÕES CONSOLIDADAS - SÚMULA 405/STF - PRESTÍGIO ÀS EXPECTATIVAS LEGÍTIMAS - BOA-FÉ OBJETIVA.

1. O CASO DA RETINOSE PIGMENTAR. A determinação judicial de custeio pelo SUS dos tratamentos de retinose pigmentar no exterior, especialmente na República de Cuba, gozou de franco prestígio no STJ até o julgamento, em 7.6.2004, do MS 8.895/DF, Rel. Min. Eliana Calmon, Primeira Seção. No período anterior, houve diversas liminares em favor de pacientes portadores dessa patologia oftálmica, algumas das quais confirmadas por sentenças; outras, porém, como é o caso dos autos, revogadas.

2. A SITUAÇÃO DOS AUTOS. A agravada se viu envolvida nas ondas jurisprudenciais, que modificaram o entendimento da Corte sobre o problema. Na situação, porém, havia uma particularidade. A liminar de 27.4.2001 havia-lhe deferido o pedido de custeio do tratamento pelo SUS, pelo que ela viajou e gastou R\$ 25.443,43. A sentença, quando ainda vigorava a posição do STJ em favor do recurso à terapia no estrangeiro, revogou a liminar e denegou a segurança. Em 2004, quando da mudança de orientação no STJ, a União promoveu ação de cobrança contra a agravada, a qual foi repudiada nas instâncias ordinárias sob o color do respeito ao fato consumado e à irreversibilidade do provimento.

3. A SÚMULA 405/STF. É certo que existe o enunciado do Pretório Excelso que dá eficácia retroativa à revogação superveniente de liminar em mandado de segurança. A despeito da Súmula 405/STF, é de se admitir excepcionalmente o emprego dos conceitos jurídicos indeterminados do fato consumado ou da boa-fé objetiva no recebimento de valores pagos em caráter alimentar. Essa postura tem prosperado no próprio STF, quando analisa a devolução de vantagens remuneratórias recebidas de boa-fé por servidores públicos e, posteriormente, declaradas inconstitucionais.

4. PRIMAZIA DO PLANO DOS FATOS. É evidente que a nulidade póstera, seguindo-se os esquemas tradicionais do Direito Civil, implica a ineficácia dos atos erigidos sob o império da invalidez. Os romanos referiam-se a essa tensão entre o nulo e a eficácia sob a velha parêmia *quod nullum est, nullum effectum producit* (o que é nulo, efeito algum produz). Todavia, esse conceito há sido mitigado, quando a situação de fato sobrepõe-se à realidade jurídica. Desconsidera-se o primado de que se deve fazer Justiça ainda que pereça o mundo (*fiat iustitia pereat mundi*). É uma conseqüência da tragédia humana, que se mostra pela falibilidade de seus atos e suas instituições. Diz-se, na doutrina moderna, que há efeitos residuais no nulo.

5. PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA E CARÁTER PARTICULAR DESTA DECISÃO. O Direito contemporâneo leva em conta as expectativas legítimas das partes e da boa-fé objetiva. É óbvio que a solução aqui exposta não pode ser aplicada a todos os casos. Há de ser vista *modus in rebus*, com ponderação e prudência, sem qualquer vocação a se projetar como um precedente aspirante à universalidade. Veda-se a cobrança dos valores recebidos de boa-fé pela recorrida neste caso e presentes as circunstâncias dos autos. O sacrifício ora realizado em detrimento da segurança jurídica, mas em favor da Justiça, é tópico e excepcional.

6. PRINCÍPIO DA CONFIANÇA, PRETENSÃO À PROTEÇÃO E MORALIDADE ADMINISTRATIVA. **Prestigia-se o primado da confiança, assente no § 242, Código Civil alemão, e constante do ordenamento jurídico brasileiro como cláusula geral que ultrapassa os limites do Código Civil (arts.113, 187 c/c art.422) e que influencia na interpretação do Direito Público, a ele chegando como subprincípio derivado da moralidade administrativa.** Ao caso aplica-se o que a doutrina alemã consagrou como “pretensão à proteção” (*Schutzanspruch*) que serve de fundamento à manutenção do acórdão recorrido. Recurso especial improvido, prejudicado o agravo regimental. (Resp 944325 / RS – 2ª Turma do STJ – Ministro Relator: Humberto Martins – DJE em 21/11/2008)”. Grifou-se.

casuística, que o seu perfil começará a ser traçado”<sup>145</sup>, contudo, não se exime de estabelecer os limites da boa-fé objetiva, quando afirma que:

Não é possível, efetivamente, tabular ou arrolar, *a priori*, o significado da valoração a ser procedida mediante a boa-fé objetiva, porque se trata de uma norma cujo conteúdo não pode ser rigidamente fixado, dependendo sempre das concretas circunstâncias do caso. Mas é, incontrovertidamente, regra de caráter marcadamente técnico-jurídico, porque enseja solução dos casos particulares no quadro dos demais modelos jurídicos postos em cada ordenamento, à vista das suas particulares circunstâncias. Solução jurídica, repito, e não de cunho moral, advindo a sua juridicidade do fato de remeter e submeter a solução do caso concreto à estrutura, às normas e aos modelos do sistema, considerado este de modo aberto.<sup>146</sup>

Como forma de sedimentar esta forma de aplicação da boa-fé como cláusula geral, Martins-Costa ainda ensina que:

Dotadas que são de grande abertura semântica, não pretendem as cláusulas gerais dar resposta, previamente, a todos os problemas da realidade, uma vez *que estas respostas são progressivamente construídas pela jurisprudência*. Na verdade, por nada regulamentam de modo completo e exaustivo, atuam tecnicamente como metanormas, cujo objetivo é de enviar o juiz para critérios aplicativos determináveis ou em outros espaços do sistema ou através de variáveis tipologias sociais de usos e costumes. Não se trata – é importante marcar desde logo este ponto – de apelo à discricionariedade: as cláusulas gerais não contêm delegação de discricionariedade, pois remetem para valorações objetivamente válidas na ambiência social.<sup>147</sup>

Ou seja, desta forma “a boa-fé possui um valor autônomo, não relacionado com a vontade”<sup>148</sup>.

Existem autores, contudo, que referem que a sua concepção apenas como cláusula geral não consegue englobar perfeitamente seu conteúdo, afirmando que se trata também de uma norma de conduta para o homem médio, sobre a qual, em decorrência da sua falta de exatidão na prática da análise contratual, os juízes acabam adquirindo um norte de interpretação dentro da hermenêutica, ou seja, sua aplicação é ainda mais abrangente<sup>149</sup>.

---

<sup>145</sup> MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. p. 296.

<sup>146</sup> *Ibid.*, p. 413.

<sup>147</sup> *Ibid.*, p. 299.

<sup>148</sup> *Ibid.*, p. 287.

<sup>149</sup> VENOSA, op. cit., p. 379.

Fundamental referir, direcionando agora o estudo para os contratos internacionais, que a aplicação da boa-fé está presente também nos princípios do UNIDROIT<sup>150</sup>.

Destaca-se que na medida em que os princípios do UNIDROIT “refletem a tendência contemporânea de criação de um *direito transnacional* próprio das relações comerciais internacionais”<sup>151</sup>, conveniente aplicar seu conceito de boa-fé, posto que a análise aqui realizada se estende, ao final, à aplicação da cláusula de *hardship* no direito interno, importando-a dos contratos internacionais, ou seja, a realidade em que esta cláusula foi desenvolvida e é utilizada é justamente na qual o UNIDROIT atua.

O artigo 1.7 dos princípios do UNIDROIT assim determina:

ARTIGO 1.7

(Boa-fé)

- (1) Cada uma das partes deve comportar-se segundo os ditames da boa-fé no comércio internacional.
- (2) As partes não podem excluir essa obrigação, ou limitar-lhe o alcance.

E a idéia de boa-fé é justamente a mesma da que a aplicada no direito interno, relativa à boa-fé objetiva, em que se protege a transparência não só na negociação, como também na formação do contrato, e no que se refere à sua execução, abrangendo aqui deveres correlatos como o sigilo, e o acesso à informações confidenciais<sup>152</sup>.

Inserindo estas considerações no âmbito usual dos contratos compreende-se que:

Nos negócios bilaterais, o interesse, conferido a cada participante da relação jurídica (“meares agitur”), encontra sua fronteira nos interesses do

---

<sup>150</sup> Publicados inicialmente em 1994, pelo Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado (UNIDROIT), e acrescidos de novos capítulos e normas em 2004, os *Princípios* constituem uma fonte não-legislativa de direito uniforme dos contratos internacionais, GAMA JR, Lauro. **Contratos Internacionais à luz dos princípios do UNIDROIT 2004: *soft law*, arbitragem e jurisdição**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 3.

<sup>151</sup> GAMA JR, Lauro. op. cit., p. 03.

<sup>152</sup> Ibid., p 313.

outro figurante, dignos de serem protegidos. O princípio da boa-fé opera, aqui, significativamente, como mandamento de consideração.<sup>153</sup>

Ainda aplicando esta idéia à prática das relações contratuais, entende-se que, como se trata de uma cláusula geral, a boa-fé deverá fazer parte da formação do negócio jurídico, pois caso contrário estará configurada uma patologia nesse negócio, que deverá ser analisada e punida, cabendo apenas ao juiz determinar qual seria essa patologia, localizando em que momento um dos contratantes agiu de má-fé<sup>154</sup>, buscando então uma solução.

Evidente, então, que o princípio da boa-fé atua de forma expressiva sobre os contratos nacionais, traduzindo-se como uma obrigação das partes em não só constituí-los, como também conduzi-los, sob a premissa de que os contratantes atuarão em benefício de ambos.

Aqui adentra, portanto, a utilização da cláusula de *hardship*, como em breve será demonstrado.

### 3.2 O EQUILÍBRIO ECONÔMICO

Na medida em que a *hardship* pode ser classificada justamente como “uma cláusula que vem permitir a manutenção de um equilíbrio econômico-financeiro do contrato ao longo do tempo”<sup>155</sup>, verifica-se que ela busca, justamente, o resgate (e não apenas a manutenção) de uma condição financeira que as partes apresentavam quando da formação do contrato.

Constata-se, portanto, que a aplicação do princípio do equilíbrio econômico também deve ser analisado, como forma de subsidiar a aplicação da cláusula de *hardship* no direito interno.

---

<sup>153</sup> COUTO E SILVA, op. cit., p. 31.

<sup>154</sup> VENOSA, op. cit., p. 379.

<sup>155</sup> TIMM, op. cit., p. 71.

Este princípio vem representado por dois institutos do Código Civil, quais sejam, a lesão e a revisão (ou rescisão) do contrato pela onerosidade excessiva superveniente<sup>156</sup>.

E pode ser definido, como ensina Marçal Justen Filho como um princípio que:

Abrange todos os encargos impostos à parte, ainda quando não se configurem como “deveres jurídicos” propriamente ditos. São relevantes os prazos de início, execução, recebimento provisório e definitivo previstos no ato convocatório; os processos tecnológicos a serem aplicados; as matérias-primas a serem utilizadas; as distâncias para a entrega dos bens; o prazo para pagamento, etc.<sup>157</sup>

O fato causador de um desequilíbrio econômico é, justamente, algo que altere a conjuntura em que o contrato se encontrava e, diante de uma possibilidade como esta, o nosso ordenamento jurídico não só reconhece, como também defende como um de seus princípios, que as partes ajam de forma a restabelecer o vínculo econômico que anteriormente era favorável a ambas as partes, superando algum fato superveniente com a adoção de medidas para reformular a avença<sup>158</sup>.

Em relação à lesão, por exemplo, admite-se que:

A lesão objetiva, causada pela onerosidade excessiva, é o melhor argumento para a revisão dos contratos internacionais, pois o fenômeno da lesão, no direito contratual moderno, deve ser encarado objetivamente: causado o prejuízo, ocorrendo o desequilíbrio nas prestações, deve-se o

<sup>156</sup> GOMES, Orlando. **Contratos**. p. 48.

<sup>157</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005.

<sup>158</sup> Neste sentido, “RECURSO ESPECIAL. CONTRATO ADMINISTRATIVO. FORNECIMENTO DE ALIMENTAÇÃO. PLANO REAL. CONVERSÃO EM URV. SUSPENSÃO DA CLÁUSULA DE REAJUSTE POR UM ANO. POSSIBILIDADE. MANUTENÇÃO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DO CONTRATO. FATO DO PRÍNCIPE. TEORIA DA IMPREVISÃO. INAPLICABILIDADE. Ao contrato firmado entre a autora e a Petrobrás se aplicam as regras da Lei de Licitações, em que prepondera o interesse público sobre o interesse privado, razão pela qual não se pode deixar de admitir a sujeição do ajuste às normas econômicas que venham a ser editadas pelo Poder Público e a ausência de direito adquirido em relação ao critério de reajustamento, desde que preservado o equilíbrio econômico-financeiro do contrato. **É o equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo, na verdade, a cláusula imutável, e não a que fixa os critérios de reajustamento, de maneira que, uma vez garantida a devida remuneração pelo serviço prestado, não há cogitar em necessidade de indenização referente a eventual diferença, ou, muito menos, em afastamento da norma econômica em favor da norma contratual.** Ainda que, de fato, tenha a Lei n. 8.880/94, afastado a aplicação da cláusula de reajuste, a instituição da Unidade Real de Valor – URV, se consubstanciou, em si mesma, cláusula de preservação da moeda. Recurso especial não conhecido.” (Resp 169274 / SP – 2ª Turma do STJ - Ministro Franciulli Netto – DJO em 23/06/2003). Grifou-se.

No mesmo sentido Resp nº 776.790 – AC, DJO em 28/10/2009.

restabelecimento da igualdade entre os contratantes. Isto porque o agravamento unilateral da prestação de uma das partes contratantes torna excessivamente onerosa sua obrigação e, via de consequência, insuportável o cumprimento desta.<sup>159</sup>

Ou seja, é justamente a necessidade de ocorrência de uma lesão a um dos contratantes que dá azo à possibilidade de uma revisão (ou alteração) contratual para manter o equilíbrio econômico da relação<sup>160</sup>.

### 3.3 A FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO

O artigo 421 do Código Civil traz uma inovação importante ao universo contratual quando determina que “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

Diferentemente do que até então era feito, a função social adentrou no mundo das obrigações, trazendo um novo requisito aos negócios bilaterais, sem, contudo, fixar qualquer limite para esta aplicação.

Como bem pondera Orlando Gomes “a locução *“função social”* traz a idéia de que o contrato visa a atingir objetivos que, além de individuais, são também sociais. O poder negocial é, assim, funcionalizado, submetido a interesses coletivos ou sociais”<sup>161</sup>.

Por meio deste entendimento é possível afirmar que o contrato acabou se dissociando do interesse exclusivo das partes para passar a integrar o interesse da

---

<sup>159</sup> AZEVEDO, Álvaro Vilaça. **Teoria Geral das Obrigações**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 302.

<sup>160</sup> Neste sentido, “APELAÇÃO CÍVEL. SEGURO DE VIDA. NÃO RENOVAÇÃO DO CONTRATO. NOVA PROPOSTA DESVANTAJOSA PARA O SEGURADO SEM A REDUÇÃO PROPORCIONAL DO PRÊMIO. PRINCÍPIOS DA BOA-FÉ E DA MANUTENÇÃO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO DO CONTRATO. Hipótese dos autos em que se afigura abusiva a não renovação do contrato de seguro nos moldes originariamente contratados, sendo oferecida nova proposta desvantajosa para o segurado, alterando a forma de correção monetária do prêmio sem a redução proporcional deste. Aplicação dos princípios da boa-fé e da manutenção do equilíbrio econômico do contrat, art. 51, IV, do CDC. Precedentes. APELAÇÃO DESPROVIDA. (Apelação Cível Nº 70021603857, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Tasso Caubi Soares Delabary, Julgado em 10/07/2008).”

<sup>161</sup> GOMES, Orlando. **Contratos**. p. 48.

ordem coletiva, ou seja, este princípio acabaria relativizando a força obrigatória daquilo aventado pelas partes, pois, na medida em que atribui ao contrato uma função, neste caso social, imputando aos contratantes também um dever, acaba-se por condicionar o poder que possuem no momento da contratação também a uma finalidade.

Ocorre que ainda que sejam feitas estas considerações quanto às possibilidades de aplicação desse princípio aos contratos, o que se verifica na doutrina ainda é um certo receio em aplicar à função social aos contratos privados, o que gera, evidentemente, uma insegurança aos envolvidos<sup>162</sup>.

Seguindo na análise das possibilidades de aplicação verificam-se duas correntes originalmente compostas.

A primeira delas, que concede à função social “uma instância de proteção de *interesses externos às partes contratantes*”<sup>163</sup> remetendo assim à idéia de proteção ao interesses sociais (institucionais), inseridos aqui o meio-ambiente e a defesa da concorrência, por exemplo<sup>164</sup>.

A segunda corrente é mais abrangente, somando aos interesses institucionais a lesão à dignidade da pessoa humana e, também, a impossibilidade de obtenção do fim último visado pelo contrato<sup>165</sup>.

Ao analisar a questão, a doutrina chega a ir mais além, considerando até mesmo a possibilidade do direito barrar um contrato que possa prejudicar o social – ou que deixaria de beneficiá-la:

O contrato não é mais visto pelo prisma individualista de utilidade para os contratantes, mas no sentido social de utilidade para a comunidade; assim, pode ser vedado o contrato que não busca esse fim.<sup>166</sup>

---

<sup>162</sup> DRUCK, op. cit., p. 63.

<sup>163</sup> GOMES, Orlando. **Contratos**. p. 50.

<sup>164</sup> Ibid., p. 50.

<sup>165</sup> Ibid., p. 50.

<sup>166</sup> MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil: direito das obrigações, volume 5: 2ª parte**. 34. ed. rev. e atual. por Carlos Alberto Dabus Maluf e Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paula: Saraiva, 2003. p. 10-11.

E este receio é afastado completamente, quando se verifica que o Código Civil em momento algum se contrapõe ao fato de que aquilo que foi convencionado entre as partes seja adimplido.

Muito pelo contrário, Miguel Reale afirma que:

O que o imperativo da “função social do contrato” estatui é que este não pode ser transformado em um instrumento para atividades abusivas, causando dano à parte contrária ou a terceiros, uma vez que, nos termos do Art. 187, “também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”. Não há razão alguma para se sustentar que o contrato deva atender tão somente aos interesses das partes que o estipulam, porque ele, por sua própria finalidade, exerce uma função social inerente ao *poder negocial* que é uma das fontes do direito, ao lado da legal, da jurisprudencial e da consuetudinária.<sup>167</sup>

Considerando estes conceitos, é possível afirmar que o mais correto é aplicar o princípio aos contratos de forma a deixá-los proporcionais aos participantes, o que não significa uma limitação à realização de contratações<sup>168</sup>.

Portanto, a função social não pode ser vista como um instrumento limitador do contrato, mas sim como uma forma de ajustá-lo às necessidades daqueles que o compõem.

### 3.4 A LIBERDADE DE CONTRATAR

Não há dúvidas de que o ato de contratar fica restrito, inicialmente, à vontade dos contratantes. Ocorre que esta vontade – ou liberdade – evidentemente apresenta limitações, sejam legais (aquilo que é lícito) ou, ainda, de cunho principiológico.

O Código Civil, ao tentar estabelecer limites para esta liberdade, determinou, como já visto, a partir da vigência do artigo 421<sup>169</sup>, que esta liberdade é limitada pela

---

<sup>167</sup> REALE, Miguel. **Função Social do Contrato**, de 21/11/2003. Disponível em: <http://www.miguelreale.com.br/artigos/funsoccont.htm>, acesso em 14/07/2010 às 21:03 hs.

<sup>168</sup> DRUCK, op. cit., p. 64.

função social do contrato, podendo ainda ser "um corolário da autonomia privada, concebida como o poder que os particulares têm de fixar, por si próprios (*auto...*), a disciplina (*nomos*) juridicamente vinculativa de seus interesses"<sup>170</sup>.

Bem assevera Orlando Gomes quando aduz que:

Mas essas *limitações* gerais à *liberdade de contratar*, inserta nos códigos como exceções ao princípio da autonomia da vontade, jamais puderam ser definidas com rigorosa precisão. A dificuldade, senão a impossibilidade, de conceituá-las permite sua ampliação ou restrição conforme o pensamento dominante em cada época e em cada país, formado por idéias morais, políticas, filosóficas e religiosas. Condicionam-se, em síntese, à *organização política* e à *infra-estrutura ideológica*.<sup>171</sup>

De fato essa limitação, antes mesmo do Código Civil, já existia, sendo feita mediante a utilização de dois conceitos de caráter geral: as leis de ordem pública e os bons costumes<sup>172</sup>, conceitos estes que não estão afastados da ordem jurídica atual.

As leis ordem pública, de forma geral, podem ser conceituadas como todas as normas que abarcam os interesses públicos, sejam de cunho social ou econômico.

Já os bons costumes são representados por todas as regras do nosso ordenamento jurídico vinculadas à moral. Há de destacar que a definição exata do que são bons costumes não se mostra possível, quando "permite a sua ampliação ou restrição conforme o pensamento dominante em cada época e em cada país, formado por idéias morais, políticas, filosóficas e religiosas"<sup>173</sup>.

É até mesmo possível traçar um paralelo destes conceitos com a função social do contrato, trazida pelo Código Civil, onde se vê claramente que a liberdade contratual nada mais seria do que uma forma de limitar os negócios jurídicos,

---

<sup>169</sup> Art. 421: A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

<sup>170</sup> VARELA, João de Matos Antunes. **Das Obrigações em geral – vol. I**. 9. ed. Coimbra: Almedina, 1996, p. 243-244.

<sup>171</sup> GOMES, Orlando. **Contratos**. p. 28.

<sup>172</sup> *Ibid.*, p. 27.

<sup>173</sup> *Ibid.*, pp. 28-29.

considerando nulos não apenas aqueles que não se apresentam lícitos, mas também aqueles que contrariam a ordem econômica, ou as questões sociais, por exemplo.

Por fim, cumpre referir que este princípio é tutelado pelo UNIDROIT, que em seu artigo 1.1 assim determina:

ARTIGO 1.1  
(Liberdade Contratual)

Mas não se limita a defini-lo como um dos seus princípios, como ainda o caracteriza como o primeiro no rol dos que são considerados fundamentais.

E mais, na verdade, ao analisar a liberdade contratual, o UNIDROIT o refere como a própria expressão da autonomia da vontade, não fazendo uma diferenciação objetiva entre os dois:

O princípio representa, em sua formulação original, o *dogma da vontade*, isto é, o reconhecimento do contrato como a própria expressão da autonomia das partes na auto-regulamentação de seus interesses. Nesse sentido – diverso do que lhe dá o direito internacional privado – é igualmente conhecido como *princípio da autonomia da vontade*.<sup>174</sup>

Contudo, ainda que existam incertezas quanto à sua definição – o que não por certo não prejudica sua interpretação – bem como no que se refere aos seus limites em relação à autonomia da vontade, o que não deve ser olvidado quando se fala em liberdade de contratar é justamente a imposição de um único e principal limite: “as pessoas podem auto-regular seus interesses pelo modo que lhes convém contanto que não transponham esses limites”<sup>175</sup>.

---

<sup>174</sup> GAMA JR, Lauro. **Contratos Internacionais à luz dos princípios do UNIDROIT 2004: soft law, arbitragem e jurisdição**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 280.

<sup>175</sup> GOMES, Orlando. **Contratos**. p. 27.

### 3.5 A AUTONOMIA DA VONTADE

A autonomia da vontade, somada à boa-fé, pode ser considerada como um dos princípios que se mostram mais relevantes para o estudo que aqui vem sendo realizado e, ainda, um dos mais utilizados, tanto no âmbito do direito contratual internacional, como também interno.

Alguns doutrinadores o tratam como uma extensão da liberdade de contratar, como faz, por exemplo, Orlando Gomes, ao afirmar que “o *princípio da autonomia da vontade* particulariza-se no Direito Contratual na *liberdade de contratar*”<sup>176</sup>.

Ocorre que diante da sua importância para o direito contratual, principalmente dentro do conceito de *hardship*, fundamental que seja feita a análise em separado da sua conceituação e formas de aplicação.

Diferentemente de tantos outros institutos cíveis do nosso ordenamento jurídico, a autonomia da vontade não teve sua origem em Roma<sup>177</sup>, mas sim na França do século XVI.

No Brasil, a doutrina admitiu sua utilização com o advento do Código Civil de 1916, ainda que Clóvis Beviláqua afirmou não ter o adotado de forma expressa. A questão residia na existência da expressão “salvo estipulação em contrário” no artigo 13<sup>178</sup> da Lei de Introdução ao Código<sup>179</sup>.

No que se refere ao Código Civil atual, existem divergências quanto à sua possibilidade de aplicação para escolha da lei que vigorará o contrato internacional, na

---

<sup>176</sup> GOMES, Orlando. **Contratos**. p. 25.

<sup>177</sup> COUTO E SILVA, op. cit., p. 17.

<sup>178</sup> Art. 13: Regulará, salvo estipulação em contrário, quando à substância e aos efeitos das obrigações, a lei do lugar onde foram contraídas.

<sup>179</sup> ARAÚJO, Nádya de. **Direito Internacional Privado: teoria e prática brasileira**. 3. ed. atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 354.

medida em que o artigo 9º<sup>180</sup> da Lei de Introdução ao Código não faz mesma ressalva que a Lei de 1916<sup>181</sup>.

Dessa forma, antes de iniciarmos a análise da sua conceituação – a fim de finalmente verificarmos o que efetivamente poderia, ou não, ser disposto pelas partes – cabível apenas colacionar o seguinte entendimento, o qual bem demonstra a sua importância para o nosso ordenamento jurídico, que supera apenas a questão acerca das leis que poderão ser aplicadas aos contratos internacionais, inserindo este princípio também na realidade da formação dos contratos internos:

Não se pode hoje prescindir de certas regras flexibilizadoras do contrato, capazes de permitir o restabelecimento do equilíbrio entre as partes, e mesmo para garantir entre elas o princípio da autonomia da vontade.<sup>182</sup>

Ou seja, hoje a autonomia da vontade não se trata apenas de um princípio jurídico considerado para a formação do contrato, como também representa uma forma de permitir a manutenção desse instrumento – com a alteração de eventuais cláusulas para que sua execução possa ser concluída – inserindo-se aí na realidade da *hardship*.

Partindo aqui do pressuposto de que absolutamente superada a idéia de que as partes seriam totalmente livres para contratar, sem limites legais, e que partir daí o que fosse estabelecido se traduziria como *lei entre as partes*<sup>183</sup>, importante analisar, modernamente, o que seria esta autonomia da vontade, bem como a forma pela qual está expressa nos contratos.

Em relação a sua conceituação, ensina Enzo Roppo que:

---

<sup>180</sup> Art. 9º: Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem.

§ 1º Destinando-se a obrigação a ser executada no Brasil e dependendo de forma essencial, será esta observada, admitidas as peculiaridades da lei estrangeira quanto aos requisitos extrínsecos do ato.

§ 2º A obrigação resultante do contrato reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente.

<sup>181</sup> ARAÚJO, Nádía de. **Direito Internacional Privado: teoria e prática brasileira**. 3. ed. atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 351.

<sup>182</sup> AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. In: MARTINS-COSTA, Judith H. O princípio da boa-fé. AJURIS nº 50, p. 218.

<sup>183</sup> MONTEIRO, op. cit., p. 9.

Autonomia significa, etimologicamente, poder de modelar por si – e não por imposição externa – as regras da sua própria conduta; e autonomia privada, ou autonomia contratual, significam liberdade dos sujeitos de determinar com a sua vontade, eventualmente aliada à vontade de uma contraparte no “consenso” contratual, o conteúdo das obrigações que se pretende assumir, das modificações que se pretende introduzir no seu patrimônio.<sup>184</sup>

Contudo, Enzo Roppo ainda não considera a possibilidade de intervenção externa a estes limites da autonomia, pois afirma que os entes privados podem obrigar-se da maneira como mais lhes convier, fazendo apenas a ressalva de que na medida em que optarem por uma obrigação, ficam vinculadas a ela e, conseqüentemente, eventuais sanções desta<sup>185 186</sup>.

Complementando então esse conceito de autonomia da vontade, interessantes as palavras de Clóvis do Couto e Silva, quando afirma:

Entende-se por autonomia de vontade a “*facultas*”, a possibilidade, embora não ilimitada, que possuem os particulares para resolver seus conflitos de interesses, criar associações, efetuar o escambo dos bens e dinamizar, enfim, a vida em sociedade. Para a realização desses objetivos, a pessoas vinculam-se, e vinculam-se juridicamente, através de sua vontade.<sup>187</sup>

Este entendimento, ainda que não tão recente, já faz esta ressalva quanto à limitação da autonomia pelo nosso ordenamento jurídico, utilizando a expressão “não ilimitada”, como forma de estabelecer barreiras ao princípio – ainda que sem elencá-las.

Uma definição um pouco mais contemporânea pode ser assim argüida:

O *princípio da autonomia da vontade* particulariza-se no Direito Contratual na *liberdade de contratar*. Significa o poder dos indivíduos de suscitar, mediante declaração de vontade, efeitos reconhecidos e tutelados pela ordem jurídica. No exercício desse *poder*, toda pessoa capaz tem aptidão para provocar o nascimento de um direito, ou para obrigar-se. A produção

<sup>184</sup> ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Coimbra: Almedina, 1988. p. 128.

<sup>185</sup> Importante aqui fazer a ressalva de que Enzo Roppo, ao falar em sanções, refere-as em casos de eventuais descumprimentos relativos àquilo que foi contratado, e não qualquer espécie de sanção por ter se contratado algo que se apresente como ilícito ou contrário às normas sociais, ou seja, ainda é posta a clara idéia de autonomia de uma forma mais livre e não nos moldes que hoje se apresenta no Código Civil Brasileiro. Na verdade, é até mesmo possível afirmar que por este conceito de autonomia as partes estariam livres para realizar qualquer avença.

<sup>186</sup> ROPPO, op. cit., p. 128.

<sup>187</sup> COUTO E SILVA, op. cit., p. 17.

de efeitos jurídicos pode ser determinada assim pela vontade unilateral, como pelo concurso de vontades.<sup>188</sup>

Cumpra referir também que será justamente o princípio da autonomia da vontade que acabará dando vida ao direito dos contratos, quando os contratantes ficam justamente a ele limitados para estabelecer seus negócios jurídicos. E essa limitação será dada por cada ordenamento jurídico, pois ainda que a autonomia da vontade esteja presente de forma mais implícita, ou direta, é justamente esta amplitude concedida pelo direito que dá razão ao princípio<sup>189</sup>.

O princípio, na verdade, traduz o poder que os sujeitos privados detêm em escolher aquilo que mais lhe interessa, ou seja, as partes só ficarão vinculadas àquilo que elas efetivamente desejarem<sup>190</sup>, desde que dentro dos limites estabelecidos pela ordem jurídica.

Ou seja, a contratação – ou qualquer eventual alteração que possa ser feita no instrumento inicial – só ocorrerá de acordo, e nos termos em que os sujeitos desejarem. Nem mais, nem menos.

Diante desse entendimento pode-se ir mais além, cabendo referir ainda que as partes poderão, sim, regular seus interesses de uma maneira diferente, ou até mesmo oposta àquilo que é determinado em lei. Na verdade, diante do silêncio ou da carência das partes em manifestarem qualquer termo existente no contrato que possa ser contrário às determinações legais, a lei, aqui, terá apenas um caráter supletivo ou subsidiário de aplicação<sup>191</sup>; afinal, “a ordem de subordinação absoluta exclui a idéia de contrato”<sup>192</sup>.

Analisando também a questão filosófica deste princípio, é possível complementar este estudo, quando:

O princípio *sub examine* corresponde ao ideário da filosofia existencialista que, partindo da individualidade de cada ser humano, preconiza um

---

<sup>188</sup> GOMES, Orlando. **Contratos**. p. 26.

<sup>189</sup> NADER, op. cit., p. 22.

<sup>190</sup> ROPPO, op. cit., p.129.

<sup>191</sup> GOMES, Orlando. **Contratos** p. 26.

<sup>192</sup> COUTO E SILVA, op. cit., p. 22.

tratamento adequado às condições de cada um. A singularidade, que faz cada pessoa ser inconfundível, encontra nos contratos um conjunto de regras plenamente adaptadas às particularidades individuais. A *liberdade* seria a essência da pessoa e cada qual deveria criar seus próprios valores e assumir a responsabilidade. Para o existencialismo o *jus positum*, com suas regras abstratas e impessoais, despersonaliza o ser humano. As regras contratuais, diferentemente, são a afirmação da autenticidade das pessoas.<sup>193</sup>

Ou seja, a vontade individual é respeitada, desde que não se sobreponha aos interesses sociais de forma ilícita ou imoral, gerando assim autenticidade individual.

Devem ainda ser estudadas quais seriam as formas de limitação da vontade das partes, na medida em que existem negócios que não permitem que os contratantes venham a optar integralmente pela forma – e aqui se incluem os termos – do negócio.

Em relação ao objeto da contratação, podemos utilizar o seguinte exemplo de Clóvis do Couto e Silva, perfeitamente aplicável até os dias de hoje pelo direito interno:

Algumas atividades, consideradas imprescindíveis, tais como correios, transportes, água, luz, etc., ou são executadas pelo Estado, diretamente, ou mediamente, através do regime de concessão. Opera-se, nestes casos, no plano sociológico, verdadeira coação para contratar, imposta pela necessidade, não tendo os particulares qualquer possibilidade de escolha.<sup>194</sup>

A parte, diante do serviço que pretende contratar, se vê compelida – e aqui por motivos estatais, e não legais – a fazer a contratação frente às únicas empresas que promovem a prestação de determinados serviços. Sequer haveria como exercer o princípio, pois não existem outras opções à disposição do contratante para que pudesse exercer qualquer escolha.

Existem, por certo, outras limitações, como por exemplo, as impostas pelo equilíbrio econômico do contrato (outro princípio presente em nosso ordenamento jurídico, como já visto), quando os contratantes ficam diretamente limitados àquilo

---

<sup>193</sup> NADER, op. cit., p. 25.

<sup>194</sup> COUTO E SILVA, op. cit., p. 20.

que a ordem econômica (e conseqüentemente social, quando uma acaba sendo ditada pela outra), impõem:

A liberdade de contratar foi seriamente afetada com a interferência estatal na vida econômica, causando o encolhimento da autonomia privada e limitando a vontade das partes na definição do contrato. Tal fato foi justificado pela complexidade que passou a pautar a vida social, o eu veio a gerar uma necessidade de surgimento de novas técnicas contratuais, como a utilização de contratos em massa, gerando, destarte, a despersonalização do contrato.<sup>195</sup>

Uma ordem econômica poderá alterar, até mesmo, aquilo que já havia sido inicialmente determinado pelas partes, sendo que estas alterações seriam necessárias justamente para permitir que o contrato fosse cumprido<sup>196</sup>, ou seja, para viabilizar a sua execução.

As limitações legais<sup>197</sup> por óbvio que também se mostram presentes, não restando dúvidas de que as partes, caso os contratos tenham que ser analisados na

---

<sup>195</sup> MELO, Jairo Silva. **Contratos internacionais e cláusula hardship**. São Paulo: Aduaneiras, 2000. p. 64.

<sup>196</sup> COUTO E SILVA, op. cit., p. 20.

<sup>197</sup> Neste sentido, "EMENTA: SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. RECURSO DESPROVIDO. I. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados. II. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA DAS ASSOCIAÇÕES. A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. **A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais.** III. SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. ENTIDADE QUE INTEGRA ESPAÇO PÚBLICO, AINDA QUE NÃO-ESTATAL. ATIVIDADE DE CARÁTER PÚBLICO. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. APLICAÇÃO DIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO. As associações privadas que exercem função predominante em determinado âmbito econômico e/ou social, mantendo seus associados em relações de dependência econômica e/ou social, integram o que se pode denominar de espaço público, ainda que não-estatal. A União Brasileira de Compositores - UBC, sociedade civil sem fins lucrativos, integra a estrutura do ECAD e, portanto, assume posição privilegiada para determinar a extensão do gozo e fruição dos direitos autorais de seus associados. A exclusão de sócio do quadro social da UBC, sem qualquer

esfera judicial, poderão até mesmo ser passíveis de nulidade, originando daí uma eventual rescisão, pelo fato de que os contratantes ignoraram as determinações legais.

Temos como exemplo o contrato de matrimônio, onde os nubentes poderão – desde que preenchidos os requisitos legais quanto àqueles que se mostram aptos ao casamento, já aí mostrando-se presente a primeira limitação legal – escolher apenas dentre os regimes de matrimônio tutelados pelo estado, pois caso contrário não estará configurada a validade jurídica de qualquer outra contratação<sup>198</sup>. Por certo que aqui se verificam várias opções de escolha, mas a autonomia fica vinculada ao que é permitido legalmente.

Ainda no que se refere a essas barreiras legais, cumpre esclarecer que muitas delas não transpõem apenas a licitude, para também vigorar no âmbito das relações econômicas, por exemplo, demonstrando claramente que o intuito do legislador é suprimir parte da possibilidade de escolha, para que então as contratações sejam mais equilibradas, pois como bem refere Venosa “a lei procurou dar aos mais fracos uma superioridade jurídica para compensar a inferioridade econômica”<sup>199</sup>.

Postas, então, estas possibilidades de limitação do princípio, pertinente afirmar que “há limites para a autonomia das partes, limites estes que assentam em critérios de natureza objetiva ou subjetiva, conforme o caso”<sup>200</sup>. Evidente, então, que os novos rumos dos contratos internos limitam as escolhas das partes, mas não as extinguem.

---

garantia de ampla defesa, do contraditório, ou do devido processo constitucional, onera consideravelmente o recorrido, o qual fica impossibilitado de perceber os direitos autorais relativos à execução de suas obras. A vedação das garantias constitucionais do devido processo legal acaba por restringir a própria liberdade de exercício profissional do sócio. O caráter público da atividade exercida pela sociedade e a dependência do vínculo associativo para o exercício profissional de seus sócios legitimam, no caso concreto, a aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, CF/88). IV. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO.” Grifou-se. (Recurso Extraordinário nº 201819 / RJ - 2ª Turma STF – Ministra Relatora Ellen Gracie – DJO em 27/10/2006)

<sup>198</sup> ROPPO, op. cit., p. 136.

<sup>199</sup> VENOSA, op. cit., p. 376.

<sup>200</sup> GOMES, Orlando. **Contratos**. p. 39.

### 3.5.1 A autonomia da vontade no Direito Internacional

O papel da autonomia da vontade no Direito Internacional é de suma importância, quando é por esse princípio que as partes acabam tendo a opção de escolher sob qual ordenamento jurídico os contratos firmados deverão ser analisados<sup>201</sup>, mas, principalmente pelo fato de que os países que adotam a *commom law* o aplicam sem restrição, diferentemente do que ocorre no direito interno.

E ao estudar o princípio no direito interno fica possível conceber uma idéia mais concreta da sua utilização para os contratos internos

Para tanto, parte-se do princípio, verificando-se que autonomia da vontade teve início no âmbito do Direito Internacional no século XVI – portanto muito antes do que ocorreu no direito interno – quando o direito francês ainda não estava codificado. Contudo, este princípio, desenvolvido por Charles Dumoulin, por meio de um parecer que ficou conhecido como “*affaire Ganey*”<sup>202 203</sup> apenas passou a ser plenamente recepcionado nos séculos XIX e XX<sup>204</sup>.

Na verdade, sua primeira aplicação nesse período deu-se pela jurisprudência francesa, ao aplicá-la, ainda que não de forma expressa, para julgamento do caso *American Trade Co*<sup>205</sup>.

---

<sup>201</sup> ARAÚJO, Nádida de. **Contratos internacionais: autonomia da vontade, Mercosul e convenções Internacionais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 17.

<sup>202</sup> *Ibid.*, p.35.

<sup>203</sup> No que se refere ao *Affaire Ganey*, refere-se que se trata de um parecer, no qual Dumolin: “Se pronunciava favoravelmente à aplicação da Lei de Paris ao regime de matrimônio do casamento ali realizado, por ter sido esse o primeiro domicílio conjugal do casal, o que indicava tacitamente a sua preferência por essa lei para reger o conjunto de seus bens casando-se sem contrato e sem expressa indicação do direito aplicável, a escolha tácita das partes só poderia ser aquela do primeiro domicílio em comum. Pretendia Dumoliin a existência de um princípio segundo o qual, nas relações contratuais conectadas a mais de um sistema jurídico, poderiam as partes determinar a lei aplicável àquela relação jurídica, em seu bojo, independentemente do que determinavam as regras de conexão do foro onde a questão poderia vir a ser julgada”. ARAÚJO, Nádida de. **Contratos internacionais: autonomia da vontade, Mercosul e convenções Internacionais**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 48.

<sup>204</sup> ARAÚJO, Nádida de. **Direito Internacional Privado: teoria e prática brasileira**. 3. ed. atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 353.

<sup>205</sup> “Tratava-se de um litígio concernente a uma carga pertencente a American Trading Co., que fora transportada para um porto francês por um navio da Quebec Steamship. Como a mercadoria, que

Antes disso havia sido utilizado de forma indireta no século XVIII, pelos juristas da época, ao analisarem a questão da criação de direitos subjetivos e a força obrigatória dos contratos.<sup>206</sup>

Na Inglaterra, passou a ser adotado no século XIX – primeiramente não de forma unânime – sob a égide da filosofia do *laissez-faire*, sendo posteriormente integrado de forma incontroversa no *common law*<sup>207</sup>.

Passadas estas primeiras utilizações pontuais, o que se viu foi a aceitação universal do princípio, não apenas na legislação interna de vários países, como também em tratados e convenções internacionais, quando passou-se a afirmar que “a autonomia privada constitui, assim, o poder de auto-regulação dos interesses particulares exercidos através do contrato, sendo reconhecida pela grande maioria dos sistemas jurídicos ocidentais.”<sup>208</sup>

Contudo, ainda assim a dificuldade em encontrar um significado único para a autonomia da vontade permanecia, com isso, e na tentativa de organizar estas formas de regulação, a doutrina adotou o entendimento de que existem dois diferentes meios de análise, pela concepção subjetivista, ou pela objetivista<sup>209</sup>.

A primeira delas afirma que a autonomia da vontade ocorrerá quando as partes fizerem os ajustes necessários para a realização da contratação,

---

consistia em farinha de trigo, chegara avariada, a American Trading Co. acionou a Quebec Steamship e o capitão do navio, solidariamente, para ressarcir-se do prejuízo que lhe fora causado pela avaria. Como defesa, a Quebec Steamship alegou a existência de uma cláusula de irresponsabilidade, inserida na charte-partie, e a American contra-argumentou que o contrato estava submetido à lei de Nova York, e que a lei desse estado tinha cláusula como nula. A tese da American foi acolhida na 1ª instância e rejeitada na 2ª instância, chegando assim à Corte de Cassação. Ali a argumentação da American atacava o acórdão da 2ª instância, dizendo que a cláusula de exoneração da responsabilidade da Quebec Steamship não era válida, pois contrariava a regra *lex loci contractus*, ou seja, a do lugar onde o contrato fora celebrado e à qual as partes expressamente faziam menção.”  
ARAÚJO, Nádía de. **Direito Internacional Privado: teoria e prática brasileira**. 3. ed. atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 354.

<sup>206</sup> ARAÚJO, Nádía de. **Contratos internacionais: autonomia da vontade, Mercosul e convenções Internacionais**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p.36.

<sup>207</sup> ARAÚJO, Nádía de. **Direito Internacional Privado: teoria e prática brasileira**. p. 354.

<sup>208</sup> MELO, Jairo Silva. **Contratos internacionais e cláusula hardship**. São Paulo: Aduaneiras, 2000. p. 64.

<sup>209</sup> ARAÚJO, Nádía de. **Contratos internacionais: autonomia da vontade, Mercosul e convenções Internacionais**. p. 55.

demonstrando, portanto, que as partes, caso assim entendam, podem não ficar submetidas ao ordenamento jurídico presente, mas sim àquele escolhido<sup>210</sup>.

Se as partes deixarem de consignar qual a lei que deverá ser aplicada, será analisada qual seria a vontade hipotética das partes pelo julgador<sup>211</sup>.

Já para a objetivista, o que prevalece é a lei, sendo que os contratantes ficarão submetidos àquilo que ela determina. A idéia é a de que “não podem as partes descartar determinadas normas aplicáveis aos contratos, tampouco elaborar um contrato que escape ao domínio da lei”<sup>212</sup>.

Ainda no estudo do Direito Internacional é importante esclarecer que a doutrina subdivide em três esse princípio: primeiramente, como forma privilegiada de escolha da lei a ser aplicada em um contrato internacional, ainda, um meio que as partes possuem de evitar que o Estado acabe interferindo no contrato e, por fim, como uma evolução da ciência jurídica, ao afastar o conflito de leis, concedendo assim maior liberdade aos contratos<sup>213</sup>.

Contudo, há que se fazer a ressalva de que ainda que sua aplicação possa ser feita de diferentes formas, e mesmo diante do grande crescimento do comércio internacional, que inclusive impulsiona a *lex voluntatis*, seus elementos limitadores permanecem, jamais sendo possível qualquer sobreposição às leis imperativas ou à ordem pública do local onde o contrato terá sua execução realizada<sup>214</sup>.

Jairo Silva Melo<sup>215</sup> afirma que esses limites ocorrem no âmbito dos contratos internacionais no que se refere aos princípios de ordem pública, e ainda

---

<sup>210</sup> STRENGER, Irineu. **Contratos Internacionais do Comércio**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986, p. 199-200.

<sup>211</sup> MELO, Jairo Silva. **Contratos internacionais e cláusula hardship**. São Paulo: Aduaneiras, 2000. p. 65.

<sup>212</sup> ARAÚJO, Nádía de. **Contratos internacionais: autonomia da vontade, Mercosul e convenções Internacionais**. p 55.

<sup>213</sup> JACQUET, Jean Michel. *Principe d'autonomie ET contrats internationaux*. Paris: Economica, 1983. *apud* ARAÚJO, Nádía de. **Contratos internacionais: autonomia da vontade, Mercosul e convenções Internacionais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p.18.

<sup>214</sup> BASSO, Maristela. A autonomia da vontade nos contratos internacionais de comércio. p. 43.

<sup>215</sup> MELO, Jairo Silva. **Contratos internacionais e cláusula hardship**. São Paulo: Aduaneiras, 2000. p. 65.

complementa, afirmando que no direito interno estas limitações são auferidas pelas leis imperativas.

Cumprindo ainda lembrar que o UNIDROIT ratifica a sua aplicação, quando tem entre os seus princípios a liberdade contratual, como já referido acima, não fazendo diferenciação entre este princípio e a autonomia da vontade, restando inequívoca sua importância no comércio internacional<sup>216</sup>.

Verifica-se, portanto, que a autonomia da vontade é vista – e aplicada – de diferentes formas, contudo, o que se pode concluir de forma inequívoca é que diversos ordenamentos jurídicos a recepcionam, justamente como forma de conceder às partes a possibilidade de dispor sobre os seus direitos, permitindo assim um maior cumprimento das obrigações assumidas.

### 3.6 A FORÇA OBRIGATÓRIA DO CONTRATO

Finalmente será analisado o princípio da força obrigatória do contrato, sobre o qual é possível aplicar um dos mais importantes dogmas do direito contratual: *pacta sunt servanda*. Aquilo que foi ajustado entre os contratantes, faz lei entre as partes.

Analisando puramente o princípio, seria possível afirmar que:

Essa obrigatoriedade forma a base do direito contratual. O ordenamento jurídico deve conferir à parte instrumentos judiciais para obrigar o contratante a cumprir o contrato ou indenizar pelas perdas e danos. Não tivesse o contratante força obrigatória estaria estabelecido o caos.<sup>217</sup>

---

<sup>216</sup> GAMA JR, Lauro. **Contratos Internacionais à luz dos princípios do UNIDROIT 2004: soft law, arbitragem e jurisdição**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 280.

<sup>217</sup> VENOSA, op. cit., p. 376.

E é desse princípio que decorre a intangibilidade do contrato, onde as partes não poderão alterar unilateralmente os termos daquilo que foi avençado, nem mesmo o Judiciário. Essa seria, na verdade, uma regra geral<sup>218</sup>.

Há, contudo, que se fazer a ressalva de que de este acordo de vontades, para efetivamente produzir efeitos e ser tutelado pelo Judiciário, deverá ser realizado de acordo com a “esfera de liberdade reservada à iniciativa particular”<sup>219</sup>, pois aquilo que for estabelecido será coercitivamente imposto às partes, devendo, portanto, estar dentro da esfera da licitude.

Diante deste entendimento é possível afirmar que esse princípio dá suporte ao anteriormente estudado – autonomia da vontade – quando a execução de um justifica-se por meio das estipulações do outro<sup>220</sup>.

Mas o que efetivamente se quer demonstrar é que, uma vez válidas as partes não poderiam eximir-se das contratações realizadas.

Ocorre que após a primeira guerra mundial, onde a situação de muitos dos países envolvidos mostrava-se absolutamente diferente da que havia antes desse período bélico – momento em que as contratações foram feitas –, verificou-se que muitas obrigações não haviam como ser cumpridas, quando então se admitiram reformulações:

Passou-se a aceitar, em caráter excepcional, a possibilidade de intervenção judicial do conteúdo de certos contratos, admitindo-se exceções ao princípio da intangibilidade. Em determinadas circunstâncias, a força obrigatória dos contratos pode ser contida pela autoridade do juiz.<sup>221</sup>

E para que essas mudanças pudessem ser admitidas, buscou-se um fundamento teórico no já então superado direito canônico: a volta da cláusula *rebus sic stantibus*<sup>222</sup>.

---

<sup>218</sup> VENOSA, op. cit., p. 376.

<sup>219</sup> NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil: contratos, volume 3**. Rio de Janeiro: Forense. p. 25.

<sup>220</sup> Ibid., p. 26.

<sup>221</sup> GOMES, Orlando. **Contratos** p. 39.

<sup>222</sup> “A cláusula *rebus sic stantibus* considera-se inserta nos contratos de duração e nos de de execução diferida, como condição de sua força obrigatória. Para que conservassem sua eficiência,

Diante disso, a aplicação desse princípio restou prejudicada pela recepção, também pelo nosso ordenamento jurídico, da teoria da imprevisão (ou cláusula *rebus sic stantibus*).

O direito contratual moderno não pode ser analisado sem ser vinculado à idéia de imprevisão. Esta imprevisão a que o contrato está exposto corresponde àquilo que altera sobremaneira a ordem contratual, e as circunstâncias que dão azo a essas modificações também não teriam como ser previstas. Para que o princípio da força obrigatória dos contratos possa ser afastado, e por sua vez aplicada a teoria da imprevisão, fundamental que o acontecimento seja extraordinário e imprevisível<sup>223</sup>.

Como forma de buscar uma forma de limitar quais seriam estes fatos extraordinários, encontram-se três categorias às quais essas limitações poderiam estar vinculadas, e que demonstram a importância que o objeto deverá ter: econômica, física ou jurídica. Conclui-se, portanto, a necessidade de estar configurada uma alteração contratual radical<sup>224</sup>.

Há doutrinadores, contudo, como Washington de Barros Monteiro, que apenas admitem a revogação – ou alteração – daquilo que foi pactuado diante de um caso fortuito ou força maior:

Em virtude do terceiro princípio (princípio da obrigatoriedade da convenção), aquilo que as partes, de comum acordo, estipularam e aceitaram deverá ser fielmente cumprido (*pacta sunt servanda*), sob pena de execução patrimonial contra o devedor inadimplente. A única derrogação a essa regra é a escusa por caso fortuito ou força maior (Cód. Civil 2002, art. 393, parágrafo único). Fora dela, o princípio da intangibilidade ou da imutabilidade contratual há de ser mantido (*quod antea est voluntatis postea est necessitatis*).<sup>225</sup>

Como não poderia ser diferente, o UNIDROIT também insere em seus princípios a força obrigatória, mais especificadamente em seu artigo 1.3:

---

era subentendido que não deveria ser alterado o estado de fato existente no momento de sua formação. GOMES, Orlando. **Contratos**. p. 40.

<sup>223</sup> GOMES, Orlando. **Contratos**. p. 41.

<sup>224</sup> *Ibid.*, p. 42.

<sup>225</sup> MONTEIRO, op. cit., p. 10.

Artigo 1.3:  
(Força Obrigatória do Contrato).

O conceito trazido pelo UNDROIT é o de que:

Uma vez estipulado validadamente o conteúdo do acordo de vontades, torna-se *irretratável* para os contraentes e, também, *intangível*, sendo vedado ao juiz ou arbitro revisar o contrato ou liberar uma das partes do seu cumprimento, sem que a outra parte com isto também consinta<sup>226</sup>

Frente a essas posições resta evidente que os limites da força dos contratos também apresentam divergências (sendo mais ou menos permissivos), mas ainda assim existe um ponto que é incontroverso: diante da licitude do que foi disposto, as partes não podem eximir-se daquilo que se obrigaram, pois o contrato ainda pode ser visto como lei entre as partes, quando a contratação não apresenta outros vícios de formação, ou até mesmo supervenientes<sup>227</sup>.

---

<sup>226</sup> GAMA JR, op. cit., p. 292.

<sup>227</sup> NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil: contratos, volume 3**. Rio de Janeiro: Forense. pp. 25-26.

## 4 A HARDSHIP

O rápido crescimento do comércio internacional acaba trazendo novas questões para o âmbito contratual, diante da grande complexidade que estes pactos vêm apresentando – consequência da expansão do mercado – enfrentando questões até agora desconhecidas. Se exige cada vez mais uma solução rápida para conflitos e litígios; afinal, os investimentos realizados devem dar resultados ágeis àqueles que os fazem.

Este ritmo é acompanhado até mesmo pela política e economia, que progressivamente apresentam mais oscilações, as quais muitas vezes acabam tendo que ser suportadas pelos contratantes, sendo necessária, portanto, a criação de mecanismos que possam assegurar alguma espécie de segurança no momento da contratação, não tendo as partes, desse modo, que suportar toda e qualquer surpresa que possa advir do negócio por fatos supervenientes e inesperados, que alteram a realidade contratual<sup>228</sup>.

Cláudio Luiz Bueno de Godoy, ao analisar este panorama, afirma que:

Os mercados e os capitais se internacionalizaram, portanto ultrapassando fronteiras jurídicas e institucionais de cada Estado, bem assim a um instante em que a produção deixa de ser em massa e abandona a larga escala (o chamado modelo fordista ou industrial) para assumir um processo organizacional mais flexível, em que sobressaltam a especialização ou a tecnologia especializada, a terceirização, as parcerias, a informatização, enfim, a organização industrial leve e a expansão do comércio, por obra e força dos meios crescentes de mais fácil comunicação<sup>229</sup>.

Evidente, então, que o contexto socioeconômico do contrato está em constante mutação, mostrando-se complexo e instável, cabendo ao ordenamento jurídico trazer soluções para os problemas decorrentes desta evolução, que se mostra cada vez mais marcante.

---

<sup>228</sup> MELO. op. cit., p. 79.

<sup>229</sup> GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. **Função social do contrato**: os novos princípios contratuais. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 9.

Verifica-se, então, que o direito já vem acompanhando essa mudança, que progressivamente se insere também na nossa realidade, relativizando o conceito de *pacta sunt servanda* como forma de possibilitar alterações nos pactos já realizados<sup>230</sup>, desde que se preservem os princípios basilares do nosso ordenamento jurídico, como até aqui visto.

Sobre o tema, relevante o seguinte entendimento:

Muitas de suas normas não emanam de autoridades estatais, mas são soluções forjadas na própria comunidade internacional. Tampouco compreende, exclusiva e necessariamente, regras jurídicas, mas se forma da experiência obtida na solução dos litígios internacionais e em respeito a princípios de índole universal, como a boa-fé e a proibição do enriquecimento sem causa, procurando-o sempre chegar ao equilíbrio entre as partes na relação contratual.<sup>231</sup>

Importante, contudo, que esses fatos sejam supervenientes à contratação, entrando neste ponto a aplicação da cláusula de *hardship*, já que por meia dela será possível intervir no contrato de forma a deixá-lo mais equilibrado.

Na verdade, essa cláusula pode ser considerada como um espelho da atual situação socioeconômica dos contratos, pois não obstante já existir há algum tempo, nos últimos anos tornou-se mais freqüente<sup>232</sup>.

Diante disso, parte-se para a compreensão desta solução jurídica, bem como para a demonstração de que sua aplicação no direito interno é perfeitamente possível e legal.

---

<sup>230</sup> VENOSA, op. cit., p. 461.

<sup>231</sup> 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. Ijuí: Unijuí, 2004, p.834.

<sup>232</sup> BAPTISTA, Luiz Olavo. **Dos contratos internacionais: uma visão teórica e prática**. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 145.

#### 4.1 A ORIGEM

Não há um marco específico para o surgimento da *hardship*, quando na verdade é possível afirmar que a sua idéia central teve início justamente no direito canônico, com o surgimento da cláusula *rebus sic stantibus*.

Assim, mesmo não sendo possível especificar uma data exata para a sua recepção pelo direito contratual, é possível analisar o contexto do seu nascimento, o que, sem sombra de dúvidas, ajuda a compreender o seu objetivo principal e, ainda, o seu conceito.

A doutrina inclusive reconhece esta dificuldade de conceder-lhe um marco inicial, pois entende que “a cláusula de *hardship* é permeada de controvérsias, que se iniciam já em sua origem, prolongam-se na sua relação com o secular princípio do *pacta sunt servanda* e desemboca na sua estruturação prática no contrato (...)”<sup>233</sup>.

Analisando a evolução da teoria da imprevisão, que é ponto de partida para a *hardship*, verifica-se que aquela, ainda que não materializada, acabou acompanhando as mudanças quanto à relativização da força normativa do contrato, sendo que seu aparecimento apenas corroborou a aplicação da teoria, decorrentes das alterações no trato do direito contratual, diante das mudanças às quais estes estavam sendo expostos:

Percebe-se a relação contratual, antes de qualquer coisa, como um fato social e econômico, cabendo ao direito contratual a garantia da funcionalidade daquele instrumento de circulação de bens e serviços – que é o contrato, e um dos principais problemas a serem enfrentados pelo direito contratual é a adaptação a relação contratual ao longo do tempo em decorrência de modificações das circunstâncias de base do negócio, garantindo, de um lado, estabilidade às relações econômicas e, de outro lado, um mínimo de equilíbrio e de flexibilidade, a fim de que ambas as partes contratantes se beneficiem do acordo, à luz das previsões e riscos que assumiram o vínculo. O direito contratual, em outras palavras, deve lidar com a complexidade social, buscando absorver algumas das

---

<sup>233</sup> SILVEIRA, Vladimir Oliveira da. A cláusula de *hardship* nos contratos de comércio internacional. **Revista Tributária e de Finanças Públicas** 65 ano 13, nov-dez 2005, p. 244.

incertezas e mutações do ambiente econômico do contrato ao longo do tempo, como mecanismo de adaptação.<sup>234</sup>

O que ocorre é que, frente a esta necessidade de haver medidas que devam resolver os problemas que poderão existir durante as relações contratuais de longa duração, buscou-se uma solução para que as partes pudessem realizar estes ajustes da forma que lhes parecesse mais interessante (lucrativa).

Ou seja, a cláusula aparece diante de uma realidade em que as partes, vinculadas por meio de um contrato de longa duração, não poderiam mais mantê-lo, sob pena de ter de suportar perdas patrimoniais relevantes, que caracterizariam a falta de lucro do negócio.

Precisando, então, de uma solução, os contratantes buscaram um remédio para ter seus interesses garantidos ao máximo, já que envolvidos em uma situação socioeconômica muitas vezes complexa, como visto acima, em que o excessivo desenvolvimento do comércio internacional exigia a unificação de normas para garantir alguma segurança jurídica àqueles que aderiram a algum pacto contratual<sup>235</sup>.

E essa solução deveria permitir justamente a possibilidade de alteração das disposições contratuais mediante um ajuste a ser feito entre as partes (comum acordo diante da aplicação da autonomia da vontade), ou seja, uma readaptação dos termos iniciais da contratação, diante destes fatos posteriores que poderiam ocorrer – mas que nem mesmo as partes têm possibilidade de saber sua abrangência:

Essa cláusula foi concebida para possibilitar um ajuste convencional na ocorrência de uma circunstância futura e imprevista no momento da conclusão do contrato, que viesse a causar uma alteração econômica, de modo que a execução do contrato se tornasse impossível, seja temporária ou definitivamente e anormalmente onerosa para uma das partes.<sup>236</sup>

---

<sup>234</sup> TIMM, Luciano. A manutenção da relação contratual empresarial internacional de longa duração: o caso *hardship*. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 27, jul-set 2006, p. 235.

<sup>235</sup> SILVEIRA, op. cit., p. 258.

<sup>236</sup> MELO, op. cit., p. 83.

Essa espécie contratual, como já referido, justamente por ser de longa duração, está mais propensa a alterações supervenientes à contratação, que acabam maculando o real interesse pelo qual o contrato foi firmado:

As alterações contratuais ficam, da mesma forma, sujeitas às evoluções dos métodos, de produção e de transformação dos bens comercializados internacionalmente, que podem modificar sobremaneira as condições previamente estabelecidas pelas partes, quando iniciou a relação contratual. A superveniência de algum desses eventos acima citados pode provocar variações de tal forma no curso do contrato que se torna economicamente inviável para as partes a manutenção das mesmas condições contratadas no início da relação (...) <sup>237</sup>

Ou seja, um conjunto de fatos subjetivos e posteriores à contratação surgem com o seu andamento, alterando assim seu núcleo, impossibilitando muitas vezes que as partes dêem andamento a sua execução, tendo em vista as alterações sociais, econômicas e políticas às quais os instrumentos estão cada vez mais expostos.

Fundada, então, na teoria da imprevisão, sob o entendimento da cláusula *rebus sic stantibus*, a *hardship* evoluiu diante desta necessidade dos contratantes de manter os instrumentos realizados – possibilitando sua completa execução, extraindo o maior lucro possível do pacto – subsidiando-se na *lex mercatoria*, que também renasceu, como visto no capítulo primeiro, frente a esta nova sistemática contratual:

Nesse sentido, vale dizer que a *lex mercatoria* foi um corpo jurídico apátrida, formado no mais puro Princípio da Autonomia da Vontade, galgado nos usos e costumes internacionais e dito por muitos como verdadeiro berço do Direito Internacional privado no qual, além da arbitragem, foi relativizado o princípio romano do *Pacta Sunt Servanda*, temperando-o com as máximas chamada hoje de “onerosidade excessiva”, “cláusula *rebus sic stantibus*” (...) <sup>238</sup>

Ou seja, é como que um “mecanismo mais bem elaborado e mais genérico de adaptação de um contrato internacional às novas situações” <sup>239</sup>, situações estas que a cada dia renovam-se, mostrando-se mais complexas e justificando ainda mais a necessidade destas cláusulas que possibilitam a manutenção do contrato.

<sup>237</sup> MELO, op. cit., p. 80.

<sup>238</sup> SERSON, Nilton. Cláusula de Hardship, viabilidade nos contratos nacionais. **Revista do Advogado**, ano xxviii, n. 96, mar 2008, p. 94.

<sup>239</sup> MELO, op. cit., p. 82.

Frente a essa realidade do comércio internacional, conclui-se que:

São as *hardship clauses* originárias das teorias da onerosidade patrimonial excessiva e da imprevisibilidade, visando dirimir as incertezas geradas pelos riscos incontroláveis inerentes aos contratos de longo prazo, possibilitando a aplicação do princípio da obrigatoriedade (*pacta sunt servanda*) na justa medida.<sup>240</sup>

Portanto, a *hardship* tem em sua origem um contexto de evolução comercial, no qual o ordenamento jurídico teve que sancionar formas de reequilibrar o contrato, para que as partes pudessem alterar a vontade inicialmente estabelecida, mantendo assim o pacto vigente pelo tempo necessário aos interesses dos envolvidos, sem que nenhum deles suportasse uma onerosidade excessiva decorrente daquilo que foi contratado, tudo isso calcado na idéia de imprevisão e superveniência.

#### 4.2 O CONCEITO

A origem da cláusula de *hardship*, bem como o contexto frente ao qual passou a ser adotada, já possibilita uma idéia bastante completa do que ela representa para os contratos internacionais.

Diante, então, desta sua importância, mister se faz uma análise pormenorizada do seu conceito, como forma de compreendê-la a ponto de aplicá-la nos contratos internos.

Inicialmente, cumpre esclarecer qual é o conceito de *hardship*, ou seja, qual a sua tradução antes de apresentar-se como uma cláusula a ser aplicada no nosso ordenamento jurídico:

A expressão *hardship clause* se aplica às cláusulas de revisão, freqüentes nos contratos internacionais e em particular nos de longa duração, podendo tal expressão (*hardship*) ser livremente traduzida como “adversidade”, “infortúnio”, “necessidade” ou “privação” (de fatos ou circunstâncias).<sup>241</sup>

---

<sup>240</sup> SILVEIRA, op. cit., p. 259.

<sup>241</sup> GARCEZ, José Maria Rossani. Contratos internacionais, Eventos fortuitos ou de força maior e eventos decorrentes da teoria da imprevisão (rebus sic stantibus). Cláusulas de adaptação ou *hardship* **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 366, mar-/abr 2003, p. 366.

Já no que se refere à cláusula de *hardship*, seu entendimento mais simplório seria o de que se trata de “uma cláusula de salva guarda, ou seja, uma cláusula que vem permitir a manutenção de um equilíbrio econômico-financeiro do contrato ao logo do tempo”<sup>242</sup>.

Uma caracterização um pouco mais abrangente seria a de que:

Podemos conceituar o *hardship* como o remédio jurídico aplicado às situações onde a ocorrência de fatos ou eventos, razoavelmente imprevisíveis (quando da conclusão do contrato) e fora do controle das partes, perturba o equilíbrio do contrato, seja pelo aumento dos custos de sua execução, seja pela redução do valor da contraprestação. Trata-se, portanto, da concepção moderna do princípio *rebus sic stantibus*.<sup>243</sup>

Ainda, verifica-se como um ajuste, uma convenção a ser feita pelas partes caso ocorra uma circunstância posterior à formação do contrato e que não seria passível de ser prevista, causando assim um evidente desequilíbrio econômico aos envolvidos, pois sua execução poderia até mesmo se tornar impossível, de forma temporária ou definitiva.<sup>244</sup>

Importante referir que não há como ficar adstrito apenas ao fato de que o contrato ficaria demasiadamente oneroso para uma das partes; isso porque, pode até mesmo ocorrer o fato de que a execução deste pacto tornar-se-ia inútil para um dos contratantes, tamanhas as alterações capazes de ocorrer<sup>245</sup>.

Complementando este entendimento é possível afirmar que a *hardship* também pode ser caracterizada como uma cláusula escalonada, em que as partes poderão negociar por certo período de tempo já determinado anteriormente, ou por um número de vezes previamente estabelecido – tudo isso diante de determinada

---

<sup>242</sup> TIMM, Luciano Benetti; RIBEIRO, Rafael Pellegrini; ESTRELLA, Angela T. Gobbi. **Direito do Comércio Internacional**. Rio de Janeiro: FGV, 2009. p. 71.

<sup>243</sup> PRADO, Maurício C. A. Novas perspectivas do reconhecimento e aplicação do *hardship* na jurisprudência arbitral internacional. **Revista Brasileira de Arbitragem**, a. 1, n. 2, abr-jun 2004, p. 32.

<sup>244</sup> MELO, op. cit., p. 83.

<sup>245</sup> ALMEIDA, Dulce Calmon de B. P. A força maior e a cláusula *hardship* nos contratos internacionais **Revista do Ministério Público da Bahia**, v. 8, n. 10, jan-dez 1999, p. 75.

situação – e, caso não se chegue a um consenso, buscar-se-á a arbitragem, a extinção do negócio, ou como ultima opção, uma medida judicial<sup>246</sup>.

Por certo que esta aplicação da arbitragem acima referida visa ao equilíbrio do contrato, ou seja, como as partes não chegaram sozinhas a um consenso de renegociação do pacto, por intermédio de árbitros ou mediadores esta solução pode ser plenamente buscada, mantendo assim o pacto, depois de ajustadas as alterações necessárias<sup>247</sup>.

Trata-se, portanto, de uma cláusula em que as partes primeiramente farão uma renegociação dos termos da contratação para, posteriormente, readaptá-lo, buscando assim sua manutenção pelo tempo que for conveniente às partes<sup>248</sup>.

Diante de toda esta conceituação, pertinente trazer o entendimento mais completo e vinculado à realidade sobre o que é a *hardship*, elaborado por Orlando Gomes ao proferir parecer para a Companhia Vale do Rio Doce:

(...) é uma cláusula que permite a revisão do contrato se sobrevierem circunstâncias que alterem substancialmente o equilíbrio primitivo das obrigações das partes. Não se trata de aplicação especial da teoria da imprevisão à qual alguns querem reconduzir a referida cláusula, no vezo condenável de 'transferir mecanicamente os institutos do armário civilístico clássico aos novos contratos comerciais'. Trata-se de nova técnica para encontrar uma adequada reação à superveniência de fatos que alterem a economia das partes para manter, sob o controle das partes, uma série de controvérsias potenciais e para assegurar a continuação da relação em circunstâncias que, segundo os esquemas jurídicos tradicionais, poderiam levar à resolução do contrato.<sup>249</sup>

Este entendimento, contudo, não exclui a definição trazida pela melhor doutrina sobre a matéria, nas palavras de Opettit:

Hardship pode ser definida como aquela cujos termos ensejam às partes requerer um rearranjo do contrato que os liga, se uma alteração intervém nos dados iniciais do acordo em consideração dos quais elas se vincularam,

---

<sup>246</sup> TIMM, Luciano Benetti; RIBEIRO, Rafael Pellegrini; ESTRELLA, Angela T. Gobbi. **Direito do Comércio Internacional**. Rio de Janeiro: FGV, 2009, p. 72.

<sup>247</sup> TIMM, Luciano. A manutenção da relação contratual empresarial internacional de longa duração: o caso *hardship*. p.239.

<sup>248</sup> MELO, op. cit., p. 82.

<sup>249</sup> GOMES, Orlando. **Novíssimas questões de direito civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 187.

vindo a modificar o equilíbrio desse contrato a tal ponto de fazer umas das partes sofrer com um rigor injusto.<sup>250</sup>

Compreende-se, diante desta sua conceituação, que não há como utilizá-la de forma automática, pois sua aplicação prescinde de uma negociação a ser feita entre as partes, para que só então reste perfectibilizada a renegociação do contrato<sup>251</sup>.

E ao tentar elencar alguns dos fatos que justificariam a aplicação da cláusula de *hardship*, Jairo Silva Melo afirma que poderiam ser fenômenos geofísicos, condições socioeconômicas ou, ainda, alterações do mercado internacional, causadas pelos mais diferentes fatores, e que afetam claramente a política comercial.<sup>252</sup>

Ainda na tentativa de esclarecer definitivamente o que seria uma cláusula de *hardship*, conveniente elencar um exemplo:

Imagine-se um contrato que tenha sido fechado às vésperas da desvalorização: não havia como prever a mudança e isto gerou um custo muito maior para a empresa brasileira. Nesse sentido, não ocorreu força maior, pois o contrato poderia ainda vir a ser cumprido (ao contrário de um *tsunami* que destruísse completamente a planta industrial da exportadora). No entanto, o custo de produção com matéria-prima e mesmo a sua receita para enfrentar despesas ordinárias ficariam alterados pela excessiva variação do dólar, o que desequilibrou completamente a equação econômica do contrato.<sup>253</sup>

Por fim, interessante o posicionamento do UNIDROIT sobre o conceito de *hardship*:

ARTIGO 6.2.2  
(Definição de *hardship*)

Há *hardship* quando sobrevêm fatos que alteram fundamentalmente o equilíbrio do contrato, seja porque o custo do adimplemento da obrigação

---

<sup>250</sup> OPPETIT, Bruno. **L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances: la clause de hardship**. In: Journal du Droit International, n.4, oct-nov-dec, 1974. p. 794.

<sup>251</sup> SETEMBRINO, Fernando. *Hardship Clause*, moderna modalidade de cláusula contratual. **Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro**, n. 28, jul-set 1996, pp. 30 e 31.

<sup>252</sup> MELO, op. cit., p. 84.

<sup>253</sup> TIMM, Luciano Benetti; RIBEIRO, Rafael Pellegrini; ESTRELLA, Angela T. Gobbi. **Direito do Comércio Internacional**. Rio de Janeiro: FGV, 2009. pp. 71-72.

de uma parte tenha aumentado, seja porque o valor da contra-prestação haja diminuído, e

- (a) os fatos ocorrem ou se tornam conhecidos da parte em desvantagem após a formação do contrato;
- (b) os fatos não poderiam ter sido razoavelmente levados em conta pela parte em desvantagem no momento da formação do contrato;
- (c) os fatos estão fora da esfera de controle da parte em desvantagem; e
- (d) o risco pela superveniência dos fatos não foi assumido pela parte em desvantagem.

Não se trata, portanto, de apenas mais uma forma de aplicação da teoria da imprevisão, mas sim de um novo remédio para sanar questões supervenientes aos contratos, mantendo a continuidade do pacto, pois, caso não solucionadas, alterariam severamente a economia das partes<sup>254</sup>.

#### 4.2.1 A diferenciação entre a *hardship* e a força maior

Diante da conceituação da cláusula de *hardship* até aqui apresentada, resta evidente a sua similitude com o conceito de força maior trazido pelo nosso ordenamento jurídico.

Portanto, a fim de fazer a diferenciação, cumpre trazer uma breve definição do que representaria a força maior dentro deste contexto de análise dos contratos.

É possível afirmar que a *força maior* se trata de uma cláusula diante da qual as partes exoneram-se dos termos da contratação, tendo em vista a ocorrência de uma situação que não estava prevista, mas que acaba impossibilitando o cumprimento do contrato. Ou seja, o devedor não será responsabilizado pelo seu inadimplemento.<sup>255</sup>

Dentre alguns exemplos do que seria a força maior, podemos elencar os fatos naturais (tempestades, enchentes, epidemias) e, até mesmo, alguns provocados por ações humanas (guerras, motins, ataques terroristas), fundamental

---

<sup>254</sup> MELO, op. cit., p. 85.

<sup>255</sup> TIMM, Luciano Benetti; RIBEIRO, Rafael Pellegrini; ESTRELLA, Angela T. Gobbi. **Direito do Comércio Internacional**. Rio de Janeiro: FGV, 2009. p. 69.

destacar que em qualquer um desses fatos a parte contratada deverá ficar impossibilitada de cumprir a avença.

Já a convenção de Viena sobre a Venda Internacional de Mercadorias de 1980, ao tratar sobre, assim refere:

Art. 79: Uma parte não é responsável pela inexecução de qualquer de suas obrigações se provar que tal inexecução se ficou a dever a um impedimento alheio à sua vontade e que não era razoável esperar que ela tomasse em consideração no momento da conclusão do contrato, o prevenisse ou ultrapasse, ou que prevenisse ou ultrapassasse suas conseqüências

Verifica-se, portanto, que para configuração da força maior é necessária a configuração de três requisitos: (i) imprevisibilidade, (ii) inevitabilidade e (iii) ausência de culpa do devedor em relação ao fato que impossibilitou o cumprimento do contrato.

E é justamente aí que reside a maior diferença entre as duas cláusulas, quando na *hardship* é exigida a configuração da onerosidade excessiva, este requisito não aparece na força maior<sup>256</sup>:

Existe, ainda, uma segunda diferença de extrema importância, que versa acerca da total impossibilidade de cumprimento do contrato.

Analisando estas duas principais diferenças, possível afirmar que:

A força maior e a cláusula **hardship** se aproximam quanto aos acontecimentos em causa, visto que, tanto em uma quanto na outra, deve em princípio esses acontecimentos ser imprevisíveis e inevitáveis. Mas, quando a força maior torna normalmente impossível a execução do contrato, a circunstância da **hardship** faz com que a torne substancialmente mais onerosa para uma das partes. A economia do contrato é subvertida, mas fica possível de o executar.<sup>257</sup>

Contudo, na prática contratual as cláusulas podem se misturar, não se verificando exatamente o limite de cada uma. Sobre o tema, pertinente a seguinte observação:

---

<sup>256</sup> SILVEIRA, op. cit., p. 269.

<sup>257</sup> ALMEIDA, op. cit., p. 80.

Assim, é comum encontrarem-se cláusulas que descrevem como hipóteses de *force majeure* situações nas quais a prestação não se tornou impossível, mas apenas excessivamente onerosa a uma das partes, o que pela distinção conceitual é a hipótese própria da cláusula de *hardship*. Por outro lado, apesar do efeito característico das cláusulas de *force majeure* ser a suspensão da prestação e, num momento posterior, a rescisão do contrato com a exoneração da responsabilidade do devedor, algumas delas prevêm um regime de renegociação.<sup>258</sup>

Chega-se até mesmo ao ponto de afirmar que a cláusula de *hardship* seria, na verdade, uma variação (complementação) da cláusula de força maior, visto que, em ambas, as partes devem realizar o pacto nos termos contratados ou, caso ocorra algum fato superveniente e imprevisível, poderiam revisar (renegociar) essa contratação<sup>259</sup>.

Conclui-se, então, que efetivamente pode haver, quando da aplicação prática destes dois remédios contratuais, uma confusão. Isso porque, existem duas características de suma importância que se repetem nos dois casos: a imprevisibilidade e inevitabilidade.

No entanto, para que seja possível evitar qualquer equívoco, fundamental apontar as diferenças: na força maior a onerosidade excessiva não resta configurada, enquanto necessária a configuração da impossibilidade de cumprimento do contrato.

Ou seja, a principal diferença entre as duas reside nos efeitos que os contratos deverão sofrer. Na medida em que uma visa uma readaptação – a *hardship* – a outra visa à resolução do pacto (ou ainda, a suspensão da execução, durante a vigência dos eventos que geram esta impossibilidade de cumprimento).

---

<sup>258</sup> COSTA, José Augusto Fontoura; NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. As cláusulas de força maior e de “hardship” nos contratos internacionais. **Revista de direito mercantil, econômico e financeiro**, São Paulo, n. 97, 1995, p. 86.

<sup>259</sup> STRENGER, op. cit., p. 250.

### 4.3 REQUISITOS DE FORMAÇÃO

Depois de compreendida a cláusula de *hardship*, fundamental, a fim de conceder um caráter mais prático ao seu estudo, a determinação de quais são os seus elementos de formação, o momento em que ela se apresenta às partes.

E isto se dá em decorrência da importância de definir seus aspectos estruturais, sua aplicação prática e a posição do comércio frente a sua utilização, já que a existência desta cláusula no contrato atenua a incerteza jurídica inerente a algumas espécies de contratações<sup>260</sup>.

Ensina a doutrina que o momento mais importante da *hardship* – que é quando seus efeitos poderão ser aplicados – reside na configuração, na ocorrência do evento perturbador.

Como visto anteriormente, a espécie deste “evento perturbador”, que gera a possibilidade de readaptação do contrato, não possui uma restrição, sendo que poderá ter qualquer objeto, desde que devidamente estabelecido pela vontade das partes.

E em decorrência disso, que muitas cláusulas de *hardship* acabam tendo um conteúdo bastante genérico, que reside justamente na dificuldade de prever estes fatos<sup>261</sup>, ou então uma forma um pouco mais precisa.

A fim de exemplificar este posicionamento de cláusula genérica, pertinente os trechos de cláusula de *hardship* trazidos por Nusdeo e Costa<sup>262</sup>, que trazem a prática para dentro deste estudo:

No caso em que a situação econômica ou monetária sofra modificações...”

---

<sup>260</sup> GARCEZ, op. cit., p. 368.

<sup>261</sup> PRADO, Maurício Almeida. **A Evolução das Cláusulas de Hardship**. In: BASSO, Maristela (Coord.). Direito do Comércio Internacional: Pragmática, Diversidade e Inovação. Estudos em Homenagem ao Prof. Luiz Olavo Baptista. Curitiba: Juruá, 2007. p. 422.

<sup>262</sup> COSTA, José Augusto Fontoura; NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. op. cit., p. 84.

“Se houver a ocorrência de um evento superveniente ou mudança de circunstâncias...

E esta possibilidade de cláusula excessivamente genérica é trazida também por outros doutrinadores:

Se em seguida as circunstâncias de ordem econômica ou comercial supervenientes após a assinatura do contrato e fora das previsões normais das partes (circunstâncias) a economia das relações contratuais venham ser modificadas a ponto de se tornarem a execução das prestações prejudicial para uma das partes (conseqüências).<sup>263</sup>

Cumprido destacar que nestes casos o que ocorre é a possibilidade de alteração da substancialidade do contrato, em decorrência da configuração desta cláusula genérica, que possui um objeto mais aberto.

Por óbvio que não há qualquer impedimento para que essas cláusulas se mostrem mais específicas, o que, por certo, garante às partes uma segurança jurídica ainda maior. Contudo, o que se vê é uma limitação na origem do evento, e não propriamente do objeto da cláusula<sup>264</sup>.

Como exemplo, possível utilizar a seguinte cláusula de um contrato de distribuição e exploração do setor automotivo, concluído em 1993 e submetido ao direito suíço:

As partes consideram que, em razão do tempo durante a qual o presente contrato estará em vigor, circunstâncias desconhecidas das Partes no momento da assinatura, inclusive de ordem legislativa, regulamentar ou fiscal, podem sobrevir no curso da execução (...)<sup>265</sup>

Fundamental deixar claro que esta possibilidade de limitação da cláusula – na verdade na origem do evento que permitirá sua aplicação – não tem qualquer relação com o evento em si; afinal, caso assim fosse, não se trataria de um evento imprevisível.

---

<sup>263</sup> TIMM, Luciano. A manutenção da relação contratual empresarial internacional de longa duração: o caso *hardship*. p. 244.

<sup>264</sup> COSTA, José Augusto Fontoura; NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. op. cit., p. 84.

<sup>265</sup> PRADO, Maurício Almeida, op. cit., p. 423.

Reitera-se que esta imprevisibilidade do fato deve estar presente no momento de formação do instrumento contratual, tornando-se assim um requisito obrigatório para a cláusula de *hardship*, pois é uma das formas de diferenciá-la de outros institutos contratuais, como, por exemplo, a revisão ou a indexação<sup>266</sup>.

Ainda assim, importante que a limitação seja feita, da forma que se mostre mais viável à espécie de contratação, tudo para evitar que o contrato fique exposto à vontade de uma das partes – em concordar com a configuração do evento ou não –, posto que assim a segurança jurídica que se tentar preservar com a utilização da cláusula ficaria, justamente, ameaçada.

Oppetit<sup>267</sup> entende que não existem limitações ou definições específicas quando se está elaborando a cláusula, qualquer questão poderá ser discutida. O que é necessário, apenas, é estabelecer mecanismos de negociação que viabilizem as alterações necessárias. Possível de admissão, até mesmo, a intervenção de terceiros, desde que estes venham à negociação para solucionar os conflitos supervenientes.

É neste momento do regramento da cláusula que deverão ser considerados os princípios basilares do nosso Direito Civil, já que apenas não será recepcionado pelo direito contratual, no que se refere à vontade das partes, aquilo que fere a boa-fé e o texto legal, ou seja, as partes estão livres para estipularem os termos dessa readaptação, devendo, contudo, ter o cuidado de “diferenciá-la da cláusula de força maior, discriminando detalhadamente os elementos que lhes dão ensejo”<sup>268</sup>.

Portanto, caso as partes tenham um agir condizente com a manutenção do contrato, a readaptação acaba se impondo; afinal, os contratantes têm plena ciência de que fatos supervenientes ocorrem durante o trato de relações de longa duração, sendo que o ônus da resolução pode superar, e muito, o da readaptação:

Neste sentido, pertinente o seguinte entendimento:

---

<sup>266</sup> COSTA, José Augusto Fontoura; NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. op. cit., p. 84

<sup>267</sup> OPPETIT, op. cit., p. 798.

<sup>268</sup> SILVEIRA, op. cit., p. 263.

(...) Se as partes estiverem absolutamente preparadas para receber o imprevisível, por meio de arcabouço contratual que disponha claramente como tratar a questão do imponderável – que, reitero, o empresário sabe que ocorrerá ou é provável que ocorra, mas não sabe quando se dará, nem com qual conexão, - a *Hardship* poderá nortear o comportamento a ser adotado, como cláusula de gestão de crise, em que as partes, desde o início da pactuação do negócio, já sabem que encontrarão, na outra, disposição para ouvir e sensibilidade e terão ressonância de seus pleitos toda vez que as bases do negócio se alterarem por fatores alheios às suas vontades.<sup>269</sup>

Contudo, existe o entendimento de que estas previsões feitas na cláusula de *hardship* acabam justamente afastando esta imprevisibilidade que a própria cláusula exige em relação ao evento perturbador para sua aplicação, o que acabaria repelindo, conseqüentemente, a aplicação prática da cláusula em si.

No entanto, este pensamento é afastado sob o argumento de que mesmo sendo possível a previsão de algum fato (evento perturbador) durante o interregno da contratação, impossível seria a previsão das conseqüências deste acontecimento quando conclusão do contrato, e é aí que se manifesta a imprevisibilidade, justificando a aplicação da cláusula<sup>270</sup>.

Ainda no que se refere à impossibilidade de prever o evento danoso, existem alguns doutrinadores que afirmam que não seria este um requisito essencial para aplicação da *hardship*, mas sim o elemento da exterioridade, ou seja, a possibilidade de reajustar o contrato não seria decorrente de uma imprevisibilidade da contratação, mas sim de um fato inevitável, que se sobrepôs à vontade das partes:

Noutras palavras, caracterizam como fundamento basilar à aplicação deste instrumento de reajuste contratual não a imprevisibilidade inerente ao evento danoso, mas o fato de não ser este querido pelas partes, escapando ao controle da parte lesado, sendo, portanto, inevitáveis. Ressalte-se que este último aspecto (inevitabilidade) configura-se um elemento puramente objetivo, que em nada se reporta à vontade das partes, fundamentando-se tão somente na imposição do princípio da boa-fé.<sup>271</sup>

De qualquer forma, cumpre registrar, como visto acima, que na redação das cláusulas o que ainda se mostra presente é a questão da imprevisibilidade (de forma

<sup>269</sup> SERSON, op. cit., p. 96.

<sup>270</sup> PRADO, Maurício Almeida, op. cit., p. 425.

<sup>271</sup> SILVEIRA, op. cit., p. 262.

incontroversa), que pode ou não vir acompanhada destas condições de exterioridade<sup>272</sup>.

Como forma de ilustrar esta alegação, segue exemplo de cláusula:

Caso quaisquer circunstâncias econômicas, políticas ou técnicas, imprevisíveis para as partes no momento da conclusão do contrato e que escapam a qualquer controle das partes, ocorram posteriormente (...)<sup>273</sup>

Portanto, conclui-se que em relação ao evento danoso existe – pequena, pois minoritária – divergência quanto aos seus requisitos de formação, mas não quanto às suas conseqüências à contratação.

Por fim, ainda no que se refere à formação da cláusula, cumpre analisar o posicionamento do UNIDROIT, que enfrenta essa questão com bastante propriedade, trazendo artigos específicos sobre a matéria em seus princípios<sup>274</sup>.

O artigo 6.2.2 da regulamentação do UNIDROIT, em suas alíneas “a” e “b”, é categórico ao estabelecer o momento da formação da *hardship*:

ARTIGO 6.2.2

(...)

(a) os fatos ocorrem ou se tornam conhecidos da parte em desvantagem após a formação do contrato;

(b) os fatos não poderiam ter sido razoavelmente levados em conta pela parte em desvantagem no momento da formação do contrato;

(...)

Essa é, portanto, a grande contribuição dos princípios do UNIDROIT para a formação da cláusula de restabelecimento contratual, pois fixa exatamente o momento da sua ocorrência, quando estabelece o ponto da relação contratual em que os envolvidos precisam tomar ciência do fato perturbador da ordem inicial do instrumento.

Em se tratando do momento de formação da cláusula, possível afirmar, então, que o objeto da cláusula poderá ser mais, ou menos, abrangente, cumprindo

<sup>272</sup> MELO, op. cit., p. 103.

<sup>273</sup> PRADO, Maurício Almeida, op. cit., p. 426.

<sup>274</sup> SILVEIRA, op. cit., p. 262.

destacar que a segurança jurídica acompanhará de forma mais completa àqueles contratos em que as partes conseguem determinar melhor qual seria este possível elemento imprevisível, o que também não afasta esta imprevisibilidade, já que o que deve ser principalmente considerado são os efeitos que a ocorrência do evento danoso poderá gerar<sup>275</sup>.

Além disso, mister ressaltar que este evento que compõe a cláusula obrigatoriamente deverá ser fixado durante o momento da formulação do instrumento, mas para viabilizar a reformulação do pacto só poderá ocorrer após o início da sua vigência.

#### 4.4 FORMAS DE APLICAÇÃO NA PRÁTICA CONTRATUAL

Depois de devidamente estabelecidos os limites da *hardship*, bem como o objeto (evento danoso) da possibilidade de reajuste contratual, fundamental estabelecer a forma na qual essa cláusula se opera.

Por certo que de nada adiantaria a sua compreensão, a configuração dos seus limites, a forma como se manifesta no instrumento pactuado pelas partes, sem trazer o meio pelo qual essa cláusula opera no âmbito contratual.

Na medida em que devidamente configurada a ocorrência do evento perturbador, a parte prejudicada deverá, antes de adotar qualquer outra providência, informar à outra parte desta ocorrência, para que assim seja possível passar a adotar a *hardship*.

Neste sentido, necessária a compreensão de que a parte prejudicada precisa certificar-se de que haverá a renegociação, estabelecendo um momento para cientificação do evento, evitando, assim, que o outro contratante tente eximir-se desta obrigação<sup>276</sup>.

---

<sup>275</sup>COSTA, José Augusto Fontoura; NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. op. cit., p. 84.

<sup>276</sup> PRADO, Maurício Almeida, op. cit., p. 433.

Como forma de exemplificar esta previsão específica, pertinente o seguinte exemplo de conteúdo de cláusula:

A parte (prejudicada)... pode, através de notificação, requisitar à outra para uma reunião para determinar se a referida ocorrência realizou-se... Se o vendedor e o comprador não se puserem de acordo... dentro de 60 dias... qualquer parte pode requerer que a questão seja submetida à arbitragem... Os árbitros determinarão se a supramencionada ocorrência aconteceu (...).<sup>277</sup>

Então, a partir da concessão desta ciência que as partes passarão ao momento das negociações, até mesmo porque, a parte cientificada não tem a opção de renegociar, afinal, “uma vez confirmado os elementos caracterizadores da *hardship*, a parte tem o dever de proceder à renegociação, sendo, portanto, uma cláusula compulsória”<sup>278</sup>.

E tanto no que se refere à ocorrência do evento, como também em relação às negociações, cumpre, desde já, consignar a importância de cada um destes momentos, com a pré-fixação de prazos para cada uma das etapas:

A cláusula de *hardship* deverá assim sempre fazer a previsão de um prazo, tanto para iniciar as negociações, como para que as partes possam invocar em tempo a ocorrência da circunstância ocasionadora da modificação da situação econômica do contrato, possibilitando também a interferência oportuna de terceiro para participar da negociação, podendo ainda dispor sobre a suspensão provisória da execução durante esse período.<sup>279</sup>

Caso as partes não cheguem a um consenso durante esta fase de negociações; de comum acordo, ou até mesmo diante de previsão já existente na cláusula de *hardship*, podem buscar a solução do conflito junto à arbitragem, tudo para conceder à cláusula a eficácia necessária para reequilibrar a contratação<sup>280</sup>.

Neste momento de comunicação à outra parte do evento perturbador também é possível cientificá-la acerca do início das negociações, bem como da forma que se dará a execução do contrato, podendo aqui até mesmo operar a

---

<sup>277</sup> COSTA, José Augusto Fontoura; NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. op. cit., p. 85.

<sup>278</sup> SILVEIRA, op. cit., p. 265.

<sup>279</sup> MELO, op. cit., p. 111.

<sup>280</sup> Ibid., p. 112.

suspensão deste, caso contratualmente estabelecido, ou mediante livre acordo das partes<sup>281</sup>.

Evidente que a parte interessada deverá fazer comunicação da forma mais célere possível, pois caso contrário poderá ter que suportar o prejuízo da contratação até que os ajustes ao contrato sejam feitos. Contudo, uma vez ciente do evento danoso, a outra deverá negociar os termos do contrato, de acordo com o que restou estabelecido pela cláusula de *hardship*.

Como forma de demonstrar a importância do fator tempo, imprescindível transcrever o entendimento do UNIDROIT:

Artigo 6.2.3:

(...)

(3) À falta de acordo das partes em tempo razoável, cada uma delas poderá recorrer ao tribunal;

(...)

A doutrina também destaca esta importância de ser respeitado um tempo razoável, tanto no que se refere ao lesado, como àquele que será cientificado:

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

Adjunto ao requerimento deverá a parte que requer a aplicação da cláusula de *hardship* apresentar as razões que fundamentam o pedido de renegociação do contrato, devendo ser apresentadas à parte contrária em lapso temporal razoável, sem demora injustificada. Ressalte-se que as determinações legais não prevêm quaisquer penalidades ao descumprimento da norma que proíbe o atraso injustificado, exceto a influência deste na averiguação da incidência ou não da *hardship*.<sup>282</sup>

Depois de realizada esta comunicação, as partes passarão para o momento das negociações, como acima referido, onde buscarão, dentro dos limites negociais de cada uma das partes, readaptar a contratação.

Importante aqui estabelecer que a parte cientificada poderá, sem qualquer óbice, questionar a ocorrência ou não da *hardship*, sendo que o sugerido pela doutrina é que em casos como este seja buscada a arbitragem para solucionar o

---

<sup>281</sup> PRADO, Maurício Almeida, op. cit., p. 433.

<sup>282</sup> SILVEIRA, op. cit., p. 264.

impasse, ou seja, o terceiro (árbitro) que irá concluir se trata-se ou não de uma caso de necessidade de readaptação contratual.

Sobre o tema:

Um tema também importante e difícil que pode ser tratado pelo redator é a constatação da verificação da hipótese. Algumas cláusulas apresentam procedimentos sofisticados para tal fim, os quais, por vezes, remetem a constatação à arbitragem.<sup>283</sup>

A negociação, depois de aplicada a *hardship*, seguirá a mesma linha de qualquer outra forma negocial, baseada na oferta de propostas e contrapropostas, até que as partes cheguem a um denominador – interesse – comum, buscando o reequilíbrio do pacto anteriormente firmado.

E no que se refere à busca deste equilíbrio, entende-se que existem três diferentes tipos que poderão ser obtidos mediante a negociação: (i) o equilíbrio que existia no momento da assinatura do contrato; (ii) o que precedeu o evento perturbador e, por fim, uma terceira hipótese, que consiste na busca por uma nova forma de equilíbrio, à qual as partes deverão concordar<sup>284</sup>.

Evidente que este momento de readaptação mostra-se de suma importância, pois estabelecerá os novos rumos da relação contratual. Portanto, nesta oportunidade verifica-se ainda mais presente a necessidade de seguimento aos princípios basilares do Direito Civil e Contratual, justamente para que os novos objetos da contratação definidos pelas partes fiquem também dentro da licitude, concedendo assim a validade e eficácia necessária ao pacto.

Como forma de mais celeridade e efetividade à negociação, poderá ser estabelecido na cláusula de *hardship* a fixação de alguns critérios, que deverão ser observados no momento da redefinição do contrato. Estes termos poderão ser procedimentais (lealdade, transparência, boa-fé) ou de resultado (determinando-o como mais ou menos genérico)<sup>285</sup>.

---

<sup>283</sup> COSTA, José Augusto Fontoura; NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. op. cit., p. 85.

<sup>284</sup> PRADO, Maurício Almeida, op. cit., pp. 435-437.

<sup>285</sup>TIMM, Luciano. A manutenção da relação..., p. 241.

Demonstrado, portanto, que existe uma série de subsídios a fim de possibilitar que as partes cheguem a um acordo durante as negociações, sendo possível, assim, a manutenção do contrato.

E esse acordo entre as partes deverá de ser feito de forma a conceder ao contrato a melhor possibilidade de adaptação possível, evidenciando também a boa-fé dos contratantes, o que não significa que o resultado será sempre positivo. Até porque, sempre haverá possibilidade de restabelecimento da relação antes mesmo da reformulação do contrato:

No comércio internacional é regra que as partes atuem de boa-fé, o que faz a renegociação um bom meio de manter o vínculo entre elas, afastando situações injustas ou até mesmo insuportáveis. Porém nem sempre a renegociação chega a se realizar, como, p. ex., quando as circunstâncias que constituem o *hardship* deixam de existir e, o que pode ser expressamente acordo, são mantidos os termos iniciais.<sup>286</sup>

Outro aspecto fundamental desta etapa contratual é o fato de que, caso as partes não cheguem a um consenso, um terceiro intervenha. Este terceiro poderá aparecer no papel de mediador ou árbitro, sendo necessário um acordo entre os contratantes para escolher quem assumirá esse papel, evitando, assim, qualquer possibilidade de fraude<sup>287</sup>.

No entanto, ao estabelecer a referida intervenção de terceiros, as partes poderão determinar que as decisões proferidas por aqueles que não integram a relação contratual poderão ter um efeito vinculante, ou seja, o que restar determinado deverá ser seguido pelas partes ou, ainda, uma intervenção apenas consultiva – não havendo aí muita aplicação prática, se o fato é que as partes já não chegaram a um denominador comum de forma amigável, e justamente por isso que um interventor se fez necessário <sup>288 289</sup>.

---

<sup>286</sup> COSTA, José Augusto Fontoura; NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. op. cit., p. 85.

<sup>287</sup> Ibid., p. 98.

<sup>288</sup> TIMM, Luciano. A manutenção da relação contratual empresarial internacional de longa duração: o caso *hardship*. pp. 240-242.

<sup>289</sup> GAMA JR, op. cit., p. 365.

Contudo, evidente que ainda assim as partes podem não conseguir verificar uma forma de reajuste das cláusulas, não sendo mais possível, finalmente, a manutenção do pacto.

#### 4.5 EFEITOS DA UTILIZAÇÃO DA CLÁUSULA

Ultrapassado o momento das negociações, no qual, como visto, as partes poderão ou não obter a renegociação do contrato, cumpre analisar quais são as conseqüências que se impõem sobre a relação contratual caso reste exitosa esta nova formulação do instrumento.

Contudo, o estudo não poderá ficar limitado a esta hipótese, devendo também ser feita referência aos efeitos que já incidem na fase de negociação, posto que a manifesta onerosidade excessiva já aí se mostra presente, prejudicando sobremaneira uma das partes envolvidas.

##### **4.5.1 A suspensão do contrato**

Durante o período em que as partes estão negociando, evidente que o contrato permanece vigente; o problema, contudo, reside justamente no fato de que a execução do contrato tornou-se demasiadamente onerosa.

Frente a essa problemática, necessária a busca de uma solução que embase a conduta das partes, evitando assim o nascimento de um litígio durante a tão importante fase de negociações.

A suspensão do contrato só se mostra possível em casos excepcionais, em que, como bem colocado nos princípios do UNIDROIT, fica evidenciada a

possibilidade de ocorrência de algum abuso, algo que altere demasiadamente (além da onerosidade excessiva) a situação contratual<sup>290</sup>:

ARTIGO 6.2.3

(Efeitos da *hardship*)

(...)

(2) O pleito para renegociação não dá, por si só, direito à parte em desvantagem de suspender a execução.

(...)

Por certo que a suspensão da execução de forma desenfreada traria excessiva insegurança jurídica à contratação, que é justamente o que se tenta evitar com *hardship*, devendo haver coerência na conduta das partes<sup>291</sup>.

Contudo, isto não significa que – caso tenha sido feito ajuste anteriormente na cláusula, ou até mesmo posteriormente pelas partes, depois de ocorrido o evento perturbador – a execução do contrato não possa ser suspensa:

A cláusula de *hardship* deverá assim sempre fazer a previsão de um prazo, tanto para iniciar as negociações, como para que as partes possam invocar em tempo a ocorrência da circunstância ocasionadora da modificação da situação econômica do contrato, possibilitando também a interferência oportuna de terceiro para participar da negociação, podendo ainda dispor sobre a suspensão provisória da execução durante esse período.<sup>292</sup>

Necessário, por óbvio, que os contratantes apenas concordem com esta condição<sup>293</sup>.

#### 4.5.2 A operacionalização das alterações contratuais: a readaptação

Superada a negociação, necessário, agora, verificar de que forma se opera a readaptação dos termos do contrato, depois das partes finalmente verificarem de que forma a negociação será mantida.

<sup>290</sup> GAMA JR, op. cit. p. 365.

<sup>291</sup> SILVEIRA, op. cit., p. 265.

<sup>292</sup> MELO, op. cit., p. 111.

<sup>293</sup> TIMM, Luciano. A manutenção da relação..., p. 242.

Estes ajustes poderão ter diferentes objetos, sendo sobre o objetivo principal da contratação (alteração da forma da prestação, por exemplo), ou sobre a criação de novas obrigações ou retirada de algumas já estabelecidas (admitindo-se aqui a novação, por exemplo)<sup>294</sup>.

Dependendo então do ajuste realizado, a *hardship* mostrar-se-á mais ou menos importante para a solução da onerosidade, sendo que por meio da sua utilização, a readaptação, como referido acima, poderá até mesmo alterar o objeto principal da contratação.

Destaca-se que caso as partes não cheguem a um acordo para readaptação do instrumento, seja ou não por meio da existência de cláusula prevendo esta opção, existe, também, a possibilidade de haver uma intervenção judicial para, que virá apenas como última possibilidade de solução:

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.<sup>295</sup>

E no que se refere à utilização da (s) nova (s) cláusula (s), as partes, para, dar efetividade a esta negociação, deverão dar seguimento ao contrato, já de acordo com as novas determinações, sem maiores complicações<sup>296</sup>.

Importante referir que esta readaptação, como já referido, deverá ficar de acordo com a legislação, bem como com os princípios aplicáveis ao caso, justamente para evitar a possibilidade de qualquer nulidade em relação à contratação, permitindo assim a nova execução do contrato.

---

<sup>294</sup> PRADO, Maurício Almeida, op. cit., p. 441.

<sup>295</sup> MELO, op. cit. p. 115.

<sup>296</sup> SILVEIRA, op. cit., pp. 263-264.

### 4.5.3 A possibilidade de extinção ou prosseguimento do contrato original

Verificada até aqui apenas a alteração positiva do contrato, que permitiu a revisão das suas cláusulas e a manutenção do vínculo entre os contratantes, diante da aplicação da *hardship*.

Necessário, contudo, analisar a possibilidade de não ser feita a renegociação, e os efeitos daí advindos.

Pois bem, caso não seja feita essa readaptação as partes terão duas opções: a manutenção do pacto de acordo com os termos inicialmente contratados ou, ainda, a extinção da avença<sup>297</sup>.

No que se refere à primeira opção, cumpre apenas referir que esta será uma opção da parte prejudicada, e que está suportando integralmente a onerosidade da contratação.

Esta manutenção do pacto não afasta a possibilidade do contratante ajuizar demandada judicial, buscando uma solução para o caso, seja com a readaptação das cláusulas mediante intervenção do magistrado<sup>298</sup>, ou requerendo a resolução do instrumento.

Já no que se refere especificamente à extinção, a parte que a requereu terá que suportar todos os ônus daí decorrentes, inclusive com o pagamento de perdas e danos à outra parte, se comprovado o prejuízo.

Ocorre que esta possibilidade já poderá estar prevista na própria cláusula de *hardship*, exonerando, então, aquele que requereu a extinção pela onerosidade excessiva de suportar qualquer custo desta resolução<sup>299</sup>.

---

<sup>297</sup> PRADO, Maurício Almeida, op. cit., p. 441.

<sup>298</sup> SILVEIRA, op. cit., pp. 263-264

<sup>299</sup> TIMM, Luciano. A manutenção da relação contratual empresarial internacional de longa duração: o caso *hardship*. p. 241.

Evidente, então, que nestes casos em que as partes optam pela resolução também serão analisados os critérios de razoabilidade, para que se verifique que efetivamente não haveria qualquer forma de readaptar o pacto.

#### 4.6. OS ARTIGOS DO CÓDIGO CIVIL QUE RECEPCIONAM A *HARDSHIP*

Uma vez compreendido o funcionamento da cláusula, e verificando que não há qualquer contrariedade em relação ao seu procedimento e o nosso ordenamento jurídico, interessante esclarecer que existem artigos do nosso Código Civil que dão azo à sua aplicação de forma quase que expressa.

Como bem leciona Timm, no Brasil a similitude está expressa nos artigos 317 e 478<sup>300</sup>, que tratam da onerosidade excessiva:

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

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.

E não apenas nestes dois artigos, mas também nos demais artigos que regulamentam a teoria da imprevisão – 479 e 480 – que bem demonstram o intuito do legislador em promover contratos que possam se protrair no tempo, dando mais segurança jurídica ao momento da contratação, bem como na execução do contrato, evitando assim o descumprimento das avenças:

---

<sup>300</sup> Art. 317: Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação.

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.

Aqui inevitável reporta-se aos termos da teoria da imprevisão já estudados em capítulo anterior, bem como aos seus requisitos de formação, que exigem que o contrato seja de duração e, principalmente, a comprovação da ocorrência de um evento danoso que configure a exigida onerosidade excessiva.

Ou seja, o intuito destes artigos é justamente o mesmo da *hardship*<sup>301</sup>, substituir a resolução da avença pela readaptação dos seus termos.

Além disso, destaca-se que os efeitos previstos no Código Civil e na *hardship* são exatamente os mesmos: a readaptação do contrato ou, caso nada mais seja possível, a resolução deste<sup>302</sup>.

Em última análise, cumpre apenas referir, a título exemplificativo, que até mesmo o Código de Defesa do Consumidor<sup>303</sup> recepciona a readaptação, cabendo destacar aqui a grande diferença existente, pois na legislação consumerista não é feita qualquer ressalva quando a necessidade de imprevisibilidade, apenas de onerosidade excessiva superveniente.

De qualquer forma, é conveniente demonstrar que nosso ordenamento jurídico preocupa-se com a manutenção dos pactos, sendo que a *hardship* mostra-se como mais um remédio para sanar as disparidades que surjam durante a execução contratual.

---

<sup>301</sup> GAMA JUNIOR., op. cit. p. 364.

<sup>302</sup> NADER, op. cit. p. 151.

<sup>303</sup> Art. 6º: São direitos básicos do consumidor:

V – a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas.

## 5 CONCLUSÃO

O estudo aqui realizado demonstrou, inicialmente, a preocupação do Direito Internacional na manutenção dos pactos, com a busca por soluções que possibilitem a readaptação destes diante de um momento de crise.

Dentro desse contexto que surge a *hardship*, acompanhando a nova *lex mercatoria*, sendo adotada nos contratos do comércio internacional como uma saída para os casos em que a onerosidade excessiva suprime a contratação, diante da ocorrência de um evento imprevisível, inviabilizando sua continuação, e obrigando as partes a adotar medidas para saná-la, pois caso contrário chegar-se-ia ao fim dessa contratação.

Este problema, obviamente, também é enfrentado pelo Direito Interno, já que os contratos duradouros, no decorrer da contratação, sofrem claras mudanças na sua forma original, diante do dinamismo cada vez mais presente nas relações comerciais.

Diante disso, necessário que o nosso ordenamento jurídico busque remédios para cancelar a conduta das partes que, primordialmente, querem assegurar-se das vantagens que o negócio pode trazer, não se vinculando a pactos que poderão sofrer alterações que restrinjam seus ganhos.

Portanto, a *hardship* se mostra, da mesma forma que ocorre nos contratos internacionais, como uma solução para o direito contratual brasileiro: um meio de evitar o encerramento de contratações precocemente.

E foi frente a essa possibilidade que foram analisadas as principais questões envolvidas no direito contratual pátrio, justamente para demonstrar que não há qualquer óbice legal para a utilização da referida cláusula.

Comprova-se esta afirmação diante do que é recepcionado pelo atual Código Civil como, por exemplo, a onerosidade excessiva, a teoria da imprevisão e a

possibilidade de revisão contratual, ou seja, questões que se fazem absolutamente presentes na atual realidade contratual, mas que aparecem de forma individualizada no nosso ordenamento jurídico.

Contudo, a legislação, mesmo considerando todas essas questões, mostra-se omissa no que se refere à existência de uma solução clara às partes envolvidas em contratações que não podem mais ser mantidas, frente à ocorrência de fatos que não poderiam ser previstos e que fogem do alcance desses contratantes.

Ratifica-se, então, que a cláusula de *hardship* pode ser uma evidente solução, até mesmo porque, os princípios contratuais que compõem as contratações do direito interno também se mostram presentes no conteúdo latente da cláusula de readaptação.

Afinal, o que as partes pretendem, ao concordar com esta espécie de possibilidade de ajuste da contratação quando ocorre um fato superveniente e imprevisível, readaptando algo que já estava ajustado, evidencia principalmente uma conduta de boa-fé, preocupando-se com o equilíbrio econômico.

Verifica-se, ainda, que a força obrigatória dos contratos também se manifesta, não como forma de coibir as partes a cumprirem o que foi ajustado, mas, sim, de forma a permitir que a autonomia da vontade seja exercida, diante da liberdade em contratar, garantindo a perfectibilização da função social do contrato.

A *hardship*, portanto, aparece como uma forma de assegurar o interesse das partes. Como bem ensina Judith Martins-Costa, “daí a previsão, nas leis e nos regulamentos, de mecanismos que buscam realizar o equilíbrio entre a tutela de centros de interesse igualmente dignos de tutela (...)”<sup>304</sup>.

Uma solução que, na verdade, é adotada já nas tratativas para realização dos negócios, concedendo uma maior segurança jurídica às partes, algo que muitas

---

<sup>304</sup> MARTINS-COSTA, Judith. Reflexões sobre o princípio da Função Social dos Contratos. **Revista Brasileira de Direito Comparado**, n. 29, 2º sem. 2006, p. 89.

vezes pode ser escasso em se tratando de relações cujo objeto irá perdurar no tempo.

Apresenta-se, de fato, como uma forma de expressão do princípio da *pacta sunt servanda*, quando prima pela manutenção do objeto principal da contratação, ainda que diante de alguns ajustes.

Considerando, então, os argumentos aqui apresentados, chega-se a conclusão que os elementos que fazem parte do Direito Civil Interno – especialmente contratual – não apresentam qualquer posição contrária aos elementos de formação da *hardship*, sendo que sua aplicação, muito pelo contrário, apenas potencializada a qualidade das relações, que é justamente pelo o que prezam os contratantes.

## BIBLIOGRAFIA

AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. Extinção dos contratos por incumprimento do devedor: resolução. Rio de Janeiro: Aide, 2003.

AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. In: MARTINS-COSTA, Judith H. O princípio da boa-fé. AJURIS nº 50.

ALMEIDA COSTA, Mario Julio. Direito das Obrigações. 9 ed. revista e aumentada. Coimbra: Almedina, 2003.

ALMEIDA, Dulce Calmon de B. P. A força maior e a cláusula hardship nos contratos internacionais Revista do Ministério Público da Bahia, v. 8, n. 10, jan-dez 1999.

ARAÚJO, Nádia de. Direito Internacional Privado: teoria e prática brasileira. 3ª ed. atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

\_\_\_\_\_. Contratos internacionais: autonomia da vontade, Mercosul e convenções Internacionais. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

\_\_\_\_\_. Direito Internacional Privado: teoria e prática brasileira. 3ª ed, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

\_\_\_\_\_. 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. Ijuí: Unijuí, 2004.

AZEVEDO, Álvaro Vilaça. Teoria Geral das Obrigações. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Contratos de distribuição – causa final dos contratos de trato sucessivo – resilição unilateral e seu momento de eficácia –

interpretação contratual – negócio *per relationem* e preço determinável – conceito de “compra” de contrato e abuso de direito. Revista dos Tribunais, ano 93, vol. 826, ago 2004.

BAPTISTA, Luiz Olavo. Contratos internacionais do comércio. São Paulo: Saraiva, 1994.

\_\_\_\_\_. Dos contratos internacionais: uma visão teórica e prática. São Paulo: Saraiva, 1994.

BASSO, Maristela. Introdução ao estudo do Direito Internacional Privado. 3ª ed. São Paulo: WVC Editora, 2001,. 3. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

\_\_\_\_\_. Contratos internacionais do comércio: negociação, conclusão, prática 3. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

BASSO, Maristela, A autonomia da vontade nos contratos internacionais de comércio In: BAPTISTA, L. O.; HUCK, H. M. e CASELLA, P. B. (org.). Direito e comércio internacional: tendências e perspectivas – Estudos em homenagem ao Prof. Irineu Strenger. São Paulo, LTr., 1994.

BRASIL. Código civil. Disponível em [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/.../L10406](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/.../L10406), acesso em 15/08/2010.

BRASIL. Código civil. Disponível em [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8078](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078), acesso em 16/08/2010.

CALIXTO, Negi. Contratos internacionais e ordem pública. Revista dos tribunais, São Paulo, ano 83, n. 701.

COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito civil. v. 3. São Paulo: Saraiva, 2005.

COSTA, José Augusto Fontoura; NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. As cláusulas de força maior e de “hardship” nos contratos internacionais. Revista de direito mercantil, econômico e financeiro, São Paulo, n. 97, 1995.

COUTO E SILVA, Clóvis V. do. A Obrigação como Processo. Porto Alegre, 1964.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil brasileiro, volume 2: teoria das obrigações. 24 ed. reformulada. São Paulo: Saraiva, 2009.

DOLINGER, Jacob. Direito internacional privado: parte geral. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

DRUCK, Tatiana Oliveira. O novo direito obrigacional e os contratos. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). Direito de empresa e contratos. 2. ed. São Paulo: IOB, 2005.

FIORATI, Jete Jane. Direito do Comércio Internacional: OMS, telecomunicações e estratégia empresarial. Franca: UNESP-FHDSS, 2006.

FRADERA, Vera Jacob de. A boa-fé objetiva, uma noção presente no conceito alemão, brasileiro e japonês de contrato. In: Revista Brasileira de Direito Comparado. Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, 2003.

GALGANO, Francesco. La Globalización en el Espejo del Derecho. Tradução de Horácio Roitman e Maria de la Colina. 1. ed. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2005.

GAMA JR, Lauro. Contratos Internacionais à luz dos princípios do UNIDROIT 2004: *soft law*, arbitragem e jurisdição. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

GARCEZ, José Maria Rossani. Contratos internacionais, Eventos fortuitos ou de força maior e eventos decorrentes da teoria da imprevisão (*rebus sic stantibus*). Cláusulas de adaptação ou *hardship* Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 366, mar-/abr 2003.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Função social do contrato: os novos princípios contratuais*. São Paulo: Saraiva, 2004.

GOMES, Orlando. *Novíssimas questões de direito civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

\_\_\_\_\_. *Obrigações*. 17 ed. 4 tiragem, atualizada e aumentada, de acordo com o Código Civil de 2002, por Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

\_\_\_\_\_. *Contratos*. 26 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

GUNZBURGER, Daniel Guerra. *Direito Intertemporal e os contratos de trato sucessivo no novo Código Civil*. Revista Forense, Rio de Janeiro, a. 101, v. 380, julho ago 2005.

HUCK, Hermes Marcelo. *Sentença estrangeira e Lex mercatoria: horizontes e fronteiras do comércio internacional*. São Paulo: Saraiva, 1994.

INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE UNIFICATION OF PRIVATE LAW. Roma: UNIDROIT, 2009. Disponível em: <http://www.unidroit.org/>, acesso em: 19/07/2010.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 11ª ed. São Paulo: Dialética, 2005.

LEITE, Francisco Tarciso. *Arbitragem, mediação e conciliação no direito privado brasileiro: instrumentos jurídicos para a solução de conflitos na sociedade brasileira contemporânea*. Fortaleza: Universidade de Fortaleza, 2008.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. 1ª ed. 2ª tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

\_\_\_\_\_. *Comentários ao novo Código civil, vol. 5, tomo I: do direito das obrigações, do adimplemento e da extinção das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

\_\_\_\_\_. Reflexões sobre o princípio da Função Social dos Contratos. Revista Brasileira de Direito Comparado, n. 29, 2º sem. 2006.

MELO, Jairo Silva. Contratos internacionais e cláusula hardship. São Paulo: Aduaneiras, 2000.

MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito Civil: direito das obrigações, volume 5: 2ª parte. 34 ed. rev. e atual. por Carlos Alberto Dabus Maluf e Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paula: Saraiva, 2003.

\_\_\_\_\_. Curso de Direito Civil: direito das obrigações, volume 4: 1ª parte. 32 ed. atual. por Carlos Alberto Dabus Maluf. São Paula: Saraiva, 2003.

NADER, Paulo. Curso de Direito Civil: contratos, volume 3. Rio de Janeiro: Forense.

OPPETIT, Bruno. L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances: la clause de hardship. In: Journal du Droit International, n.4, oct-nov-dec, 1974.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de Direito Privado. Tomo XXXVIII. Campinas: Bookseller, 2005.

\_\_\_\_\_. Tratado de Direito Privado Tomo I. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

\_\_\_\_\_. Tratado de Direito Privado Tomo XXII. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

PRADO, Maurício Almeida. A Evolução das Cláusulas de Hardship. In: BASSO, Maristela (Coord.). Direito do Comércio Internacional: Pragmática, Diversidade e

Inovação. Estudos em Homenagem ao Prof. Luiz Olavo Baptista. Curitiba: Juruá, 2007.

PRADO, Maurício C. A. Novas perspectivas do reconhecimento e aplicação do hardship na jurisprudência arbitral internacional. Revista Brasileira de Arbitragem, a. 1, n. 2, abr-jun 2004.

REALE, Miguel. Função Social do Contrato, de 21/11/2003. Disponível em: [/http://www.miguelreale.com.br/artigos/funsoccont.htm](http://www.miguelreale.com.br/artigos/funsoccont.htm), acesso em 14/07/2010 às 21:03 hs.

RIZZARDO, Arnaldo. Direito das obrigações. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

ROPPO, Enzo. O Contrato. Coimbra: Almedina, 1988.

SERSON, Nilton. Cláusula de Hardship, viabilidade nos contratos nacionais. Revista do Advogado, ano xxviii, n. 96, mar 2008.

SETEMBRINO, Fernando. Hardship Clause, moderna modalidade de cláusula contratual. Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, n. 28, jul-set 1996.

SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. A boa-fé e a violação positiva do contrato. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SILVA, Luis Renato Ferreira da. Revisão dos contratos: do Código Civil ao Código do Consumidor. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

SILVEIRA, Vladimir Oliveira da. A cláusula de *hardship* nos contratos de comércio internacional. Revista Tributária e de Finanças Públicas 65 ano 13, nov-dez 2005.

STRENGER, Irineu. Contratos Internacionais do Comércio. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

TIMM, Luciano. A manutenção da relação contratual empresarial internacional de longa duração: o caso *hardship*. Revista Trimestral de Direito Civil, Rio de Janeiro, v. 27, jul-set 2006.

TIMM, Luciano Benetti; RIBEIRO, Rafael Pellegrini; ESTRELLA, Angela T. Gobbi. Direito do Comércio Internacional. Rio de Janeiro: FGV, 2009.

VARELA, João de Matos Antunes. Das Obrigações em geral – vol. I. 9. ed. Coimbra: Almedina, 1996.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil – Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos. Volume 2., 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

WALD, Arnold. Contratos Aleatórios de venda de coisa futura e contratos comutativos atuais de execução continuada ou diferida. Revista de Direito Civil, Imobiliário, agrário e empresarial, a. 20, n. 76, abr-jun 2006.