

Coleção Relações Internacionais e Globalização, 33

Eduardo Biacchi Gomes
Bettina Augusta Amorim Bulzico
(Organizadores)

DESENVOLVIMENTO, DEMOCRACIA E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA


Editora UNIJUÍ
Juiz
2011

© 2011, Editora Unijuí
Rua do Comércio, 1364
98700-000 - Ijuí - RS - Brasil -
Fone: (0__55) 3332-0217
Fax: (0__55) 3332-0216
E-mail: editora@unijui.edu.br
Http://www.editoraunijui.com.br

Editor: Gilmar Antonio Bedin

Editor-Adjunto: Joel Corso

Capa: Elias Ricardo Schüssler

Imagem odeteana: DAOLIVEIRA

Responsabilidade Editorial, Gráfica e Administrativa:

Editora Unijuí da Universidade Regional do Noroeste
do Estado do Rio Grande do Sul (Unijuí; Ijuí, RS, Brasil)

Catálogo na Publicação:
Biblioteca Universitária Mario Osorio Marques – Unijuí

S964 Desenvolvimento, democracia e dignidade da pessoa humana /
Organizadores Eduardo Biacchi Gomes, Bettina Augusta Amorim
Bulzico. – Ijuí : Ed. Unijuí, 2011. – 440 p. – (Coleção relações
internacionais e globalização ; 33).

ISBN 978-85-7429-956-3

1. Desenvolvimento. 2. Direitos humanos. 3. Direitos fundamen-
tais. I. Gomes, Eduardo Biacchi. II. Bulzico, Bettina Augusta
Amorim. III. Título. IV. Série.

CDU : 342.7

Editora Unijuí afiliada:



Associação Brasileira
das Editoras Universitárias



A Coleção *Relações Internacionais e Globalização* é uma iniciativa da Editora Unijuí, direcionada à publicação de textos que privilegiem a abordagem interdisciplinar dos diversos aspectos que envolvem as relações internacionais. O objetivo da coleção é colocar à disposição dos leitores interessados um conjunto de obras que contribuam para a qualificação do debate sobre o tema e ajudem na compreensão das transformações do mundo atual.

CONSELHO EDITORIAL

Antônio Jorge Ramalho da Rocha (UNB – Brasil)
Argemiro Luís Brum (Unijuí – Brasil)
Arno Dal Ri Júnior (Fondazione Cassamarca – Itália)
Doglas Cesar Lucas (Unijuí – Brasil)
Eduardo Biacchi Gomes (PUC/PR e Unibrasil – Brasil)
Francesco Leita (Universidade de Pádua – Itália)
Gabriele Orcalli (Universidade de Pádua – Itália)
Gigliola Landucci (Universidade de Pádua – Itália)
Gilmar Antonio Bedin (Unijuí – Brasil)
Isaac Maidana (Ministério das Relações Exteriores – Bolívia)
Isabel Vaz (UFMG – Brasil)
José Manuel Pureza (Universidade de Coimbra – Portugal)
Luis Humberto Villwock (Unisinos – Brasil)
Luiz Antônio Pinazza (FGV – Brasil)
Marcel Marloie (Inra – França)
Marcos Sawaya Jank (Icône – Brasil)
Mauro de Rezende Lopes (FGV – Brasil)
Odete Maria de Oliveira (UFSC – Brasil)
Rafael A. Duarte Villa (USP – Brasil)
Raimundo Batista dos Santos Junior (Ufpi – Brasil)
Rene Mauget (Essec – Imia – França)
Rui Moura Ramos (Universidade de Coimbra – Portugal)
Shiguenoli Miyamoto (Unicamp – Brasil)
Sidney Guerra (UFRJ – Brasil)
Valeriano Mendes Ferreira Costa (Unicamp – Brasil)
Wagner de Menezes (USP/SP – Brasil)
Wladimir Brito (Universidade do Minho – Portugal)

COMITÊ EDITORIAL

Argemiro Luís Brum (Unijuí – Brasil)
Gilmar Antonio Bedin (Unijuí – Brasil) – Coordenador
Odete Maria de Oliveira (UFSC – Brasil)
Arno Dal Ri Júnior (Fondazione Cassamarca – Itália)
Raimundo Batista dos Santos Junior (Ufpi – Brasil)

**CAPÍTULO 2: DIGNIDADE DA PESSOA
HUMANA E INSERÇÃO DEMOCRÁTICA
NO DIREITO COMPARADO.....167**

Os Embates da Rodada de Doha e do Neoliberalismo:
Novo Colapso e Velhos Motivos.....169

Larissa Ramina

Inserção da Pessoa com Deficiência no Mercado
de Trabalho e sua Importância Socioeconômica.....203

Marco Antônio César Villatore e Ricardo Tadeu Marques da Fonseca

La Liberalización del Servicio Postal en la Unión
Europea y su Adecuación al Derecho de la Competencia:
Una Revisión del Caso Español.....225

Maria Teresa Franquet Sugrañes

Solução de Controvérsias e Inovações Tecnológicas.....253

Eduardo Biacchi Gomes e Bettina Augusta Amorim Bulzico

**CAPÍTULO 3: INTEGRAÇÃO E A DIGNIDADE
DA PESSOA HUMANA E DEMOCRACIA275**

A Cláusula de Hardship e o Equilíbrio Contratual —
Uma Fórmula de Justiça e Democracia Contratual?.....277

Frederico Eduardo Zenedin Glitz e Thaysa Prado Ricardo dos Santos

A União Europeia na Qualidade de Sujeito de
Direito Internacional: Análise e Perspectivas.....299

Adriane Cláudia Melo Lorentz

Direitos Fundamentais e Comércio Internacional:
A Experiência da União Europeia.....317

Andre de Carvalho Ramos

Construção Constituinte da Nova Europa e do Novo Mundo:
A Constitucionalização do Direito Internacional333

Alexandre Coutinho Pagliarini

A Subjetividade dos Indivíduos e o Acesso
aos Tribunais Supranacionais da União Europeia359

Karine de Souza Silva

A Geoeconomia da Regionalização Transnacional
na Extroversão do Comércio Internacional.....397

Eloi Martins Senhoras

A CLÁUSULA DE HARDSHIP E O EQUILÍBRIO CONTRATUAL — Uma Fórmula de Justiça e Democracia Contratual?

Frederico Eduardo Zenedin Glitz¹

Thaysa Prado Ricardo dos Santos²

*"A beleza de um verso não está no que diz,
mas no poder encantatório das palavras que diz:
um verso é uma fórmula mágica" (Mário Quintana).*

INTRODUÇÃO: Contratos e Segurança

Quando trabalha com o comércio internacional, o operador jurídico gosta de enfatizar o papel do contrato como instrumento balizador do tráfego negocial. Uma de suas propaladas funções seria, ao lado de organizá-lo, minimizar os riscos a que estariam sujeitos os participantes desse "baile".

¹ Advogado. Doutor em Direito das Relações Sociais (UFPR); especialista em Direito e Negócios Internacionais (UFSC) e em Direito Empresarial (Ibej); professor de Direito Civil (Obrigações), Estudo de Casos Jurídicos e Coordenador do Núcleo de Prática Jurídica das Faculdades do Brasil (Unibrasil). Professor convidado da Escola Superior de Advocacia da OAB/PR e da Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDConst). Membro do Virada de Copérnico, grupo interinstitucional de pesquisa e estudo do Direito Civil. Membro do Instituto dos Advogados do Paraná (IAP). Membro do Conselho de Comércio Exterior da Associação Comercial do Paraná (Concex).

² Mestre em Direitos Fundamentais e Democracia — Faculdades Integradas do Brasil — Unibrasil. Advogada da Prado Karvat Advogados Associados.

A ideia de “contrato” está normalmente associada à noção de que poderia o sujeito, por meio do livre-exercício de sua vontade, controlar todas as possíveis variáveis fáticas a ponto de estabelecer uma zona de segurança institucional. Uma breve análise de alguns contratos empresariais revela essa pretensão.

Tal construção decorre da noção moderna de que o indivíduo seria senhor de seu próprio destino. Percebeu-se, contudo, que tal construção não correspondia, necessariamente, à verdade. Algumas situações econômicas, por exemplo, se impunham ao sujeito, quer ele quisesse ou não, desafiando os operadores jurídicos. As velhas fórmulas revelaram-se, em última análise, insuficientes ao “ótimo” desempenho negocial.

Essa constatação é especialmente evidente quando se analisa os instrumentos típicos dos negócios internacionais. Isso porque, no comércio internacional, os contratantes estão sempre em busca de diferentes soluções que previnam eventuais riscos contratuais que poderão atrapalhar a boa execução de seus contratos.

Constatou-se, então, que ao contrário de uma segurança inerte, o contrato somente seria funcionalmente adequado se permitisse válvulas de escape suficientes para não se autoinviabilizar. Em outros termos, em situações críticas, quanto mais rígido o contrato fosse, menos tendente a atender aos próprios interesses envolvidos ele parecia ser.

Desenvolveram-se, então, entre os negócios internacionais, mecanismos que, visando preservar os respectivos interesses presentes no momento da pactuação do contrato, também pudessem manter o pacto ante a modificações no ambiente contratual.

Tratava-se, em suma, do reconhecimento de que grande parte das relações contratuais encontra-se, desde o momento de sua contratação, sujeita a riscos, sejam estes decorrentes de ato de vontade ou não, que poderão vir a impedir ou atrapalhar o adimplemento das respectivas prestações.

Essa “nova” compreensão do fenômeno negocial revela-se crítica na medida em que o cenário contemporâneo, dinâmico e mundializado, exige capacidade de adaptação e a constante busca do equilíbrio inicial almejado pelos contratantes.

Tantas são as incertezas e variadas as possibilidades de alteração das circunstâncias contratuais que se faz necessária a criação de medidas que assegurem o cumprimento do contrato sem onerar excessivamente uma das partes. Um desses instrumentos é a cláusula de *hardship*, medida alternativa para os contratantes que procuram estabelecer a flexibilidade negocial necessária a enfrentar tais eventuais intempéries.

Ainda que tal cláusula não seja a única medida viável para esse fim, mostra-se extremamente reveladora de como a relação negocial, para atender aos respectivos interesses envolvidos, não pode ser encarada de forma estática. Somente um contrato dinâmico é capaz de sobreviver à volatilidade da sociedade contemporânea.

Torna-se, então, relevante deixar clara a importância da utilização da referida cláusula, buscando, sempre que possível, a continuidade contratual, e mais do que isso, a continuidade contratual justa e equilibrada. Daí porque é essencial discutir o seu papel no atual Direito Contratual, discutindo a importância da cláusula de *hardship* e da conveniência ou não de sua utilização.

O PRINCÍPIO DA FORÇA OBRIGATÓRIA DO CONTRATO E A SUA RELATIVIZAÇÃO

A concepção atual sobre o que vem a ser um contrato não é unânime. De acordo com o ambiente em que está inserido e a sociedade que o regula, o instituto apresenta facetas distintas. Para alguns esta situação represen-

taria uma crise ou decadência do modelo negocial clássico,³ para outros, no entanto, a tal “crise” do contrato, na verdade, “traduz o sentido das suas transformações, as quais só podem ser compreendidas em face de seu desenvolvimento através dos tempos, revestido de avanços e progressos”.⁴

É neste ambiente de reavaliação do modelo negocial que se deve propor uma nova concepção sobre a obrigatoriedade contratual, especialmente levando-se em conta as transformações pelas quais também este princípio passou.

O princípio da força obrigatória dos contratos advém da irredutibilidade do acordo entre as partes, fixada pela noção de *pacta sunt servanda*. Segundo esta máxima, depois da celebração de um contrato, apenas a vontade unilateral de um dos contratantes não poderia modificá-lo, motivo pelo qual seria imutável e absoluto.

Para este pressuposto, o contrato faria “lei” entre as partes, ou seja, o contrato deveria ser cumprido pela mesma razão que a lei é cumprida. Assim, uma vez declarada livremente a vontade, esta teria a mesma força normativa que a lei. Tal construção parece decorrer de uma análise um pouco resumida da teoria política: note-se que pela teoria do contrato social, também as leis decorrem de uma “negociação” entabulada por “representantes” “livremente” escolhidos e que, por isso, podem impor restrições “aprovadas” à liberdade (lei). Neste sentido, a fundamentação da rigidez contratual seria a garantia da segurança, da paz, da ordem e da harmonia social.

³ Gilmore, Grant. *The Death of Contract*. Columbus: Ohio State University Press, 1995. Para o autor, por exemplo, a teoria contratual estaria sendo absorvida pela teoria da responsabilidade civil (*torts*). Outros autores, por exemplo, Cláudia Lima Marques, assumem que se trataria de uma crise de confiança no contrato, embora encare a possibilidade, no ordenamento brasileiro, de uma reconstrução do Direito Privado de forma mais justa e humana (Marques, Cláudia Lima (Org.). *A nova crise do contrato: estudos sobre a nova teoria contratual*. Rio de Janeiro: RT, 2007. p. 11).

⁴ Pinheiro, Rosalice Fidalgo. *O abuso do direito nas relações contratuais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 135-136.

Outro fundamento do princípio da obrigatoriedade encontra-se na noção de veracidade, ou seja, o homem deverá cumprir aquilo que prometeu, observando-se o contrato como um instrumento de caráter quase sagrado. Este acordo de vontades criaria, então, um liame obrigatório entre as partes, do qual não poderiam mais se esquivar, afinal, livremente pactuaram. Estranho paradoxo: a liberdade escravizaria, mas apenas na medida em que foi desejada.

Eis aqui a afirmação máxima da liberdade: é apenas por meio da autonomia privada, ou seja, da vontade livre da parte em pactuar, que se poderá chegar à imposição do vínculo contratual. Na sua pureza, conforme entende Joern Rimke, poderia ser entendida como:

Este princípio significa que cada parte, em um acordo, é responsável pela sua não execução, mesmo se a causa de falha está além de seu poder e não foi, e não poderia ser prevista no tempo da celebração do acordo. O princípio reflete a justiça natural e os pressupostos da economia, pois vincula as pessoas as suas promessas e protege o interesse da outra parte. Já que a atividade econômica efetiva não é possível sem promessas confiáveis, a importância do princípio deve ser enfatizada.⁵

Mudanças sociais, entretanto, especialmente impulsionadas pela mundialização e pelo desenvolvimento de novas formas de contratação, impuseram-se ao princípio do *pacta sunt servanda*: de absoluto e intangível, com impossibilidade de alteração do avençado sob qualquer ótica, torna-se razoável afirmar sua relativização.

⁵ “This principle means that each party to and agreement is responsible for its non-execution, even if the cause of the failure is beyond his power and was not or could not be foreseen at the time of signing the agreement. The principle reflects natural justice and economic requirements because it binds a person to their promises and protects the interests of the other party. Since effective economic activity is not possible without reliable promises, the importance of this principle has to be emphasized”. Tradução livre. c.f.: Rimke, Joern. *Force Majeure and Hardship: application in international trade practice with specific regard to the CISG and the Unidroit principles of international commercial contracts*. [S.l., s.n.], [2000?]. p. 193-243. In: ———. *Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods (Cisg)*, 1999-2000. The Hague: Pace International Law Review, Kluwer Law International. p. 197.

Assim, passa-se a aceitar, em algumas situações, em razão da ocorrência de eventos de natureza extraordinária, a relativização deste princípio.

Por outro lado, a prática demonstrou que em muitas ocasiões, a aplicação deste princípio pode levar ao oposto de seu objetivo. Isto significa dizer que, a situação existente na conclusão do contrato pode subsequentemente ter mudado de modo tão completo que as partes, agindo como pessoas razoáveis, não teriam celebrado o contrato, ou o teriam feito de modo diferente, se soubessem o que iria acontecer.⁶

Tal experiência não é exclusiva da ordem internacional, diversas legislações nacionais, por exemplo, acabaram por adotar a relativização do princípio em casos específicos. A título de exemplo, poder-se citar a jurisprudência e legislação francesas, que consagram a relativização da força obrigatória (via teoria da imprevisão) para os contratos de natureza administrativa.⁷

No Brasil, também se pode falar desta tendência. O Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, em diversas decisões,⁸ considera a possibilidade de relativização do *pacta sunt servanda*. Se partirmos, por outro lado, para a análise legislativa constataremos a mesma mitigação: o Código de Defesa do Consumidor, por exemplo, refere-se à cláusula abusiva e à onerosida-

⁶ "On the other hand, practice has demonstrated that on many occasions application this principle may lead to the opposite of its aim. That is to say, the situation existing at the conclusion of the contract may subsequently have changes so completely that the parties, acting as reasonable persons, would not have made the contract, or would have made it differently, had they known what was going to happen". Tradução livre. c.f.: Rimke, op. cit., p. 197.

⁷ Prado, Maurício C. A. La théorie du *hardship* dans les principes de l'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international. p. 323-373. In: _____. *Diretto del Commercio Internazionale*. Milano: Guiffre, 1997. p. 326.

⁸ Observam-se como exemplos o Agravo Regimental no Recurso Especial nº 879268/RS e Agravo Regimental no Recurso Especial 921104/RS ambos do Superior Tribunal de Justiça.

de excessiva; já o Código Civil à revisão por imprevisibilidade, à lesão, ao princípio da conservação do contrato e mesmo às hipóteses de exoneração por força maior ou caso fortuito.

Também já se admite a intervenção judicial em alguns casos para o fim, por exemplo, de manter e adaptar o negócio às novas circunstâncias. O Brasil é pródigo de exemplos judiciais e administrativos. Mais uma vez esse tipo de intervenção, contudo, não é exclusividade tupiniquim e nem mesmo restrita à ordem nacional. A Suprema Corte Suíça, por exemplo, negou a possibilidade de resolução de contrato de compra e venda por ausência de motivo significativo (no caso prejuízos com entrega de produto de pior qualidade).⁹

Sobre esta relativização, Rimke observa que: "Diversos conceitos legais lidam com o problema de circunstâncias alteradas e providenciam atenuações nas obrigações para uma ou ambas as partes quando um contrato se tornou, inesperadamente, oneroso ou impossível de ser cumprido".¹⁰ Como exemplo, o mesmo autor aponta a força maior para casos em que a consequência será a suspensão ou a resolução do contrato, e a teoria da imprevisão ou a cláusula de *hardship* para os casos de revisão e adaptação do contrato.¹¹

Diante dessas características, permite-se uma reavaliação dos pressupostos celebrados no contrato, buscando uma revisão efetiva que possa permitir um bom cumprimento, e se esta não for possível, a resolução contratual. Esta revisão, ou resolução contratual, ocorreriam à vista da imprevisão de acontecimentos futuros, relativizando e excepcionando, assim, o princí-

⁹ Disponível em <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/981028s1.html>>. Acesso em: 17 out. 2007.

¹⁰ "Different legal concepts deal with this problem of changed circumstances and provide for the discharge of the duty to perform of one or both parties when a contract has become unexpectedly onerous or impossible to perform. Tradução livre. c.f.: Rimke, op.cit., p. 197.

¹¹ Ibid., p. 198.

pio da obrigatoriedade contratual. A busca que se inicia, em sede contratual, é de justiça participativa: os contratantes democraticamente buscando a preservação do vínculo negocial.

CLÁUSULA DE *HARDSHIP* COMO INSTRUMENTO DE JUSTIÇA E DEMOCRACIA CONTRATUAL

A cláusula de *hardship* seria, especificadamente, um instrumento utilizado no Direito Contratual internacional para facilitar e possibilitar a adaptação contratual diante do dinamismo do mundo contemporâneo. Surgiria “como exemplo da atividade criadora na prática negocial e que representa solução original para a preservação do contrato. Justifica-se o interesse no seu estudo, na medida em que a existência de tal cláusula preencheria uma das funções atribuídas ao contrato: a preservação do equilíbrio das prestações.”¹²

A cláusula partiria de uma concepção contemporânea do princípio do *rebus sic stantibus*, possibilitando a relativização do princípio da força obrigatória dos contratos (*pacta sunt servanda*), em situações em que ocorressem fatos ou eventos que não poderiam, de maneira razoável, ser previstos quando da contratação, e que estivessem fora do controle de ambas as partes. Estes eventos deveriam desequilibrar o contrato, seja pelo aumento dos custos da sua execução, ou ainda pela redução dos valores de sua contraprestação.¹³

¹² Glitz, Frederico Eduardo Zenedin. *Contrato e sua conservação: lesão e cláusula de hardship*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 140.

¹³ Prado, Maurício C. A. Novas perspectivas do Reconhecimento e Aplicação do Hardship na Jurisprudência Arbitral Internacional. In: *Revista Brasileira de Arbitragem*, São Paulo, n. 2, p. 32-60, abr./jun. 2004.

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

Segundo Ghestin e Billiau, esta seria a nota criativa deste tipo de cláusula: ela não possui efeito determinador automático (como uma cláusula de indexação, por exemplo), mas exige a renegociação pelos contratantes.¹⁴ A esta mesma conclusão chega Judith Martins-Costa.¹⁵

Interessante notar que o fundamento da cláusula é a própria liberdade dos contratantes,¹⁶ que preferem estabelecer obrigação de negociação condicional e, por meio desse ajuste, buscam preservar o interesse contratual.

Daí porque “a cláusula de *hardship* foi mais uma progressão do direito que permitiu aos contratos maleabilidade para evoluir e se adequar à passagem do tempo, sendo aperfeiçoados ao longo do percurso, conforme as conjunturas são apresentadas e as necessidades por elas determinadas”.¹⁷

Esta cláusula, tão importante ao comércio internacional a ponto de ser objeto de estudos da Câmara de Comércio Internacional de Paris — CCI — e do Instituto Internacional para Unificação do Direito Privado — Unidroit —, acaba relevando-se como forma de “exigir” dos contratantes o compromisso suficiente à preservação da justiça contratual. Tal compro-

¹⁴ Ghestin, Jacques; Billiau, Marc. *Le prix dans les contrats de longue durée*. Paris: LGDJ, 1990. p. 137.

¹⁵ Martins-Costa, Judith. *Comentários ao Código Civil: do direito das obrigações*. Do adimplemento e da extinção das obrigações (arts. 304 a 388). 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 262. Vol. V, Tomo I.

¹⁶ Baptista, Luiz Olavo. O risco nas transações internacionais: problemática jurídica e instrumentos (de defesa). In: *Revista de Direito Público*, São Paulo: Malheiros, n. 66, abr./jun. 1983. p. 269.

¹⁷ Granziera, Maria Luíza Machado. *Contratos Internacionais: negociação e renegociação*. São Paulo: Ícone, 1993. p. 112.

misso, contudo, só se cumpre com sua colaboração (não impedimento, por exemplo) e cooperação (participação). Daí porque se teria a construção democratizada da nova justiça do contrato.

Objetivos da Cláusula de *Hardship*

Dentre as diferentes formas de revisão contratual, encontra-se aquela realizada por previsão expressa de cláusulas contratuais, ou seja, quando as próprias partes estabelecem a organização do mecanismo de revisão do negócio diante da instituição de uma determinada condição. A cláusula de *hardship* pode ser considerada um exemplo desse tipo de cláusula. O ponto que se faz no momento de celebração do contrato e de negociação desse tipo de cláusula é, justamente, o interesse em se buscar uma solução para o contrato que não se resume a sua extinção. Busca-se, assim, favorecer a perpetuação contratual, isto é, trata-se de instrumento do *favor contractus*.

Trata-se, pois, como referido anteriormente, de aceitar que alguns eventos podem modificar ou alterar o bom cumprimento dos contratos por serem fatos extraordinários, sejam naturais (furacões, enchentes, terremotos, tsunamis; etc.), causados pelo homem (guerras, greves, atentados terroristas, etc.) ou de natureza econômica (mudanças de moedas, inflações, etc.). Devido a tais incertezas geradas pelas possibilidades de mudanças que poderão alterar substancialmente as condições estabelecidas pelas partes, foi necessária a criação de cláusulas que permitissem a alteração de postulados contratuais em alguns casos específicos, para eventos de natureza imprevisível que acarretassem em onerosidade excessiva para uma das partes. Segundo Luiz Olavo Baptista, “assim é porque todos esses tipos de cláusulas que prevêm a modificação das condições do contrato quando se alteram certas circunstâncias externas a ele, dando ao contrato um dinamismo e adaptabilidade que lhe permita sobreviver às parcelas econômicas.”¹⁸

¹⁸ Baptista, op. cit., p. 269.

A cláusula de *hardship* teria como objetivo buscar a revisão das condições preestabelecidas no contrato que vieram a causar onerosidade excessiva para uma das partes. Se esta desavença não for solucionada, resultaria na resolução contratual. A cláusula vem exatamente para que isto não ocorra, ou seja, as partes deverão buscar a conservação do contrato por meio da readaptação de seus termos.

Nesse sentido, doutrinadores como Oppetit, concebem a cláusula de *hardship* como “o mecanismo mais elaborado e mais geral de adaptação de um contrato internacional”.¹⁹ Para ele, ao optar pela cláusula de *hardship* “as partes estão em geral animadas de uma vontade comum de ter sucesso e de manter o contrato”.²⁰ Orlando Gomes também enxergava esta utilidade, pois

...permite a revisão do contrato se sobrevierem circunstâncias que alterem substancialmente o equilíbrio primitivo das obrigações das partes. Não se trata da aplicação especial da teoria da imprevisão à qual querem reconduzir a referida cláusula, no vazo 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 de circunstâncias que, segundo os esquemas jurídicos tradicionais, poderiam levar à resolução do contrato.²¹

Assim, as partes poderiam “viabilizar a manutenção do vínculo contratual, mesmo que as prestações se tornassem excessivamente desequilibradas por um evento superveniente”.²²

¹⁹ “Au mécanisme le plus élaboré et le plus général d'adaptation d'un contrat international” Tradução livre. c.f.: Oppetit, Bruno. L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances: la clause “hardship”. In: _____. *Journal du Droit International*. Paris: Editions Techniques. n. 4, out./dez. 1974, p. 797.

²⁰ “Les parties sont en general animées d'une volonté commune d'aboutir et de maintenir le contrat”. Tradução livre. c.f.: Ibid., p. 807.

²¹ Gomes, Orlando. *Novíssimas questões de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 187-188.

²² Glitz, op. cit., p. 154.

Desta maneira haveria uma dupla finalidade nessa cláusula: a negativa, visando a evitar a dissolução do contrato, e a positiva, que buscaria a renegociação das cláusulas.

A cláusula de *hardship* surge como medida alternativa para os contratantes internacionais que procuram estabelecer certos instrumentos de segurança diante das possíveis modificações que poderão ser suscitadas no decorrer no tempo em que estão cumprindo o contrato. Assim, ela se mostra útil no dia a dia da prática contratual internacional.

Ela fundamenta o princípio da conservação do contrato,²³ ante as alterações de fatores de ordem financeira, econômica, social, política, legal ou até mesmo tecnológica que causem um dano ou uma onerosidade excessiva a uma das partes do contrato.

A referida cláusula apresentaria duas grandes vantagens, de acordo com Ulmann: primeiro, que ela permite uma aproximação flexível para negociar circunstâncias imprevistas e segundo, que ela fornece às partes uma estrutura para permitir renegociação.²⁴

Estas vantagens são consideráveis, pois ao observar os sistemas econômicos e financeiros dos países por todo o mundo constata-se uma série de abalos e incertezas, decorrendo daí a grande importância da utilização da cláusula de *hardship*.

²³ Conforme Glitz, o princípio da conservação do contrato é admitido pela legislação brasileira, não apenas como instrumento que viabiliza a atividade empresarial ou ainda a execução da manifestação da vontade, mas é também instrumento de funcionalização do contrato. Glitz, op. cit., p. 180. E seria exatamente este um dos princípios que fundamenta e exterioriza a função social do contrato.

²⁴ Ulmann, Harold. *Droit et Pratique des Clauses de Hardship dans le Système Juridique Américain*. In: _____. *Revue de Droit des Affaires Internationales*, n. 7, p. 889-904, p. 890, 1988.

Segundo Gavazzoni, em referência a esta cláusula, nada é considerado eterno e imutável. Tudo que possa colocar o contrato em risco, desequilibrando suas relações, poderá ser revisto e reavaliado pelas partes. Assim, o contrato seria uma figura passível de evolução, adaptando-se aos novos tempos e funcionando como um reflexo da vontade das partes.²⁵

Afinal, cria-se a oportunidade de adaptação e mudança de aspectos do contrato, uma vez que se verifique a ocorrência de evento de natureza extraordinária que venha a causar prejuízo econômico para alguma das partes de modo a impossibilitar a fiel execução da pactuação do contrato de maneira justa.

Por outro lado, conforme salienta Luiz Olavo Baptista,²⁶ qualquer definição da cláusula seria meramente teórica, vez que, baseada que é na liberdade contratual, qualquer arranjo clausular é possível. O que se extrai, qualquer que seja a redação adotada, é que a cláusula de *hardship* demonstra que a relação jurídica contratual sofreu transformação. Tal constatação nos permite afirmar que o contrato se compreende como ato de cooperação, instruído pelo princípio da boa-fé objetiva, ao qual, portanto, se impõe o dever de busca da justiça negocial.

Efeitos da Cláusula de *Hardship*

Além de possibilitar a renegociação contratual, este instrumento também viabilizaria a justiça no âmbito contratual. Isso porque, ocorrendo mudanças substanciais nos próprios fundamentos do contrato, ter-se-ia a possibilidade de alteração das condições negociais com fins da relação em termos justos e equilibrados. Daí porque, por exemplo, tradicionalmente,

²⁵ Gavazzoni, Adriana. *A renegociação e adaptação do contrato internacional*. Curitiba: Juruá, 2006. p. 113.

²⁶ Baptista, op. cit., p. 270.

se apontam como os principais requisitos da cláusula de *hardship*: a alteração fundamental das condições econômicas, a superveniência do evento, a imprevisibilidade do evento e o controle e riscos das consequências.

Nem sempre, contudo, haverá unanimidade sobre tais condições e, mesmo, sobre o conteúdo de cada uma delas.²⁷ A liberdade assegurada às partes para estabelecer o conteúdo obrigacional também faz sentir sua influência nestes termos. Tanto isso é verdade que diferentes institutos propõem diferentes redações para tal cláusula (vide o exemplo da CCI).²⁸

Ainda que a redação das cláusulas possa variar ao sabor da criatividade dos contratantes ou do modelo institucional adotado, a verdade é que os efeitos de tal cláusula acabam sendo equivalentes: a obrigação condicional de renegociar os termos contratuais que se tornaram desequilibrados. Efeitos adicionais, segundo parte da doutrina, seriam: a possibilidade de suspensão da execução do contrato e o envio ao tribunal judicial quando as partes não conseguem chegar a um consenso por outras vias.²⁹

Tais efeitos adicionais, contudo, também não são unânimes. Assim, por exemplo, nem sempre as partes autorizam a suspensão do contrato uma vez alegada a *hardship*. É justamente neste sentido o artigo 6.2.1 dos Princípios Unidroit³⁰ ou, mesmo, o modelo CCI.³¹

Também em relação à intervenção de um tribunal quanto ao conteúdo do desequilíbrio e eventual adaptação negocial haveria controvérsia. Enquanto em países como o Brasil a intervenção no contrato é, normalmente, aceita, outros países como a França e Inglaterra tendem a não aceitá-la.

²⁷ Baptista, op. cit., p. 270-271.

²⁸ ICC — International Chamber of Commerce. ICC Force Majeure Clause 2003. ICC Hardship Clause 2003. Paris: ICC Publishing, 2003.

²⁹ Aquino, Leonardo Gomes. *Hardship: o mecanismo de alteração contratual*. Divinópolis, 2004. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=4922>>. Acesso em: 18 mar. 2006.

³⁰ Unidroit — Instituto Internacional para Unificação do Direito Privado. Princípios Relativos aos Contratos Comerciais Internacionais. Roma: Ministério da Justiça de Portugal, 1995. p. 173.

³¹ ICC, Op. cit., p. 15.

Fora desses contornos haveria, ainda, a discussão sobre a competência de um tribunal arbitral intervir em um contrato, reformulando-o se tal “autorização” não estivesse expressamente presente na convenção arbitral.

Não se discute, por outro lado, que a renegociação imposta pela cláusula de *hardship* deve ser conduzida observando-se os pressupostos do princípio da boa-fé objetiva.

Para Gavazzoni, a existência da cláusula em um contrato permite a renegociação direta de seus termos, adaptando-os a novas situações, visto o desequilíbrio causado por estas, sem que sejam necessários longos debates no Judiciário, permitindo assim a continuidade das relações e a preservação do contrato.³²

Novamente observa-se o fator da segurança jurídica neste instrumento. Disponibilizar às partes a possibilidade de readaptação dos contratos acarreta, antes de tudo, o incremento da credibilidade da relação e da confiança entre os contratantes.

Segundo esta autora, a cláusula geraria a obrigação de renegociar para as partes, providas de empenho e boa-fé, com propostas sérias que estejam de acordo com a realidade dos fatos, na tentativa de “redirecionarem seus negócios ao cumprimento de seus desejos iniciais”.³³ Nos mesmo sentido cite-se Penalva Santos.³⁴

A doutrina de forma geral³⁵ entende que esta obrigação seria um dever de meio e não de resultado, pois não existe obrigatoriedade da ocorrência de um resultado satisfatório para as partes, mas apenas da sua tentativa, por utilização de todos os esforços possíveis e ao seu alcance.

³² Gavazzoni, op. cit., p. 120.

³³ Ibid., p. 120-121.

³⁴ Santos, J. A. Penalva. *Os contratos mercantis à luz do Código Civil*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 64.

³⁵ Por exemplo, Ghestin; Billiau, op. cit., p. 138.

Mais importante que isso, no entanto, é a forma participativa como se buscaria a viabilização do negócio. Isso porque não se trata de uma solução imposta por terceiro, mas de construção realizada pelos próprios contratantes envolvidos. Eis a afirmação máxima da democracia contratual: a construção pelos contratantes de um novo equilíbrio negocial.

Enfim, em resumo, “percebe-se, pois, que muito mais que mero valor sociológico, às cláusulas de *hardship* tem sido reconhecido efeitos jurídicos, notadamente a rearranjo do equilíbrio contratual”³⁶ (grifos no original).

NOTAS CONCLUSIVAS: Um Convite à Reflexão

Do que se expôs parece plausível afirmar que a dinamicidade do mundo contemporâneo e as evoluções no campo social e econômico transformaram a noção restrita da vetusta fórmula *pacta sunt servanda*. Em verdade a noção de obrigatoriedade contratual permanece vigente, contudo deseja-se compreendê-la de forma a permitir as necessárias ponderações entre este princípio e aquele da justiça contratual. Por este motivo, permite-se que, em alguns casos, a vinculatividade negocial seja relativizada, buscando-se a efetivação da justiça contratual no caso concreto e a satisfação dos interesses envolvidos naquele negócio específico.

Nesse cenário, fórmulas de readaptação do contrato ganham importância. Assim, ao lado de fórmulas antigas como a correção monetária e a própria revisão judicial do contrato, a cláusula de *hardship* torna-se relevante como instrumento de viabilização negocial. A noção, internacionalmen-

te aceita, do *favor contractus* (ou conservação do contrato) encontra nesta cláusula um instrumento eficaz: a adaptação contratual ganha mais importância, evita-se, sempre que possível a resolução contratual.

Pautada na autonomia privada, a cláusula de *hardship* permite a organização da forma como este “ato de cooperação” se daria, atentando, no entanto, para o fato de que o regramento desta obrigação deve impedir seu uso indiscriminado (o que, certamente, poderia ferir a confiança na relação e no instrumento).

O contrato, então, deixa de ser aquele objeto inatingível de admiração, espelho de certezas e fiador de segurança. A realidade lhe cobra a capacidade de melhor atender sua própria função: para atender aos interesses nele envolvidos não basta cristalizar obrigações, mas adaptá-las às circunstâncias. O contrato passa, então, a se afirmar como instrumento de uma relação. Como ato de cooperação e como fomentador de condutas leais deve buscar a justiça do caso concreto, seja mantendo os termos negociados, pois justos e equilibrados, seja adaptando-se a um novo formato mais equânime. Por mais paradoxal que isso possa parecer, também se concede segurança quando se sabe que os termos podem ser mutáveis: nada mais seguro que um contrato permanentemente equilibrado.

Tal situação é ainda mais verdadeira nos contratos internacionais, sempre sujeitos às intempéries da economia globalizada. Daí porque diante de suas dificuldades e obstáculos na prática diária, institutos e organizações buscam cada vez mais elaborar normas e instrumentos uniformes que facilitem a solução de questões conflitivas, independentemente das legislações nacionais. Uma dessas fórmulas: a cláusula de *hardship* encarada como instrumento de conservação do contrato e, portanto, preservação do *favor contractus*.

³⁶ Glitz, op. cit., 161.

A contemporaneidade contratual impõe, então, uma nova forma de se encarar o contrato: de ato egoísta de satisfação de necessidades pessoais a ato de cooperação e preservação do contrato. E, na medida em que se potencializa a conservação democrática e justa do vínculo negocial, preserva-se a segurança esperada nas relações jurídicas.

Eis, portanto, o convite à reflexão que se pretende propor: em vez de consagrarmos uma forma estática de segurança, melhor não seria promovê-la por meio da ideia de justiça contratual? Nenhuma resposta *prêt-à-porter* é suficiente.

REFERÊNCIAS

AQUINO, Leonardo Gomes. *Hardship*: o mecanismo de alteração contratual. Divinópolis, 1994. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=4922>>. Acesso em: 18 mar. 2006.

BAPTISTA, Luiz Olavo. O risco nas transações internacionais: problemática jurídica e instrumentos (de defesa). In: *Revista de Direito Público*, São Paulo: Malheiros, n. 66, p. 265-273, abr./jun. 1983.

_____. *Dos contratos internacionais*: uma visão teórica e prática. São Paulo: Saraiva, 1994.

BASTOS, Celso Robeiro; KISS, Eduardo Amaral Gurgel. *Contratos internacionais*. São Paulo: Saraiva, 1990.

BONELL, Michael Joachim. *An International Restatement of Contract Law*: the Unidroit principles of international commercial contracts. 3. ed. New York: Transnational Publishers, 2005.

BRASIL. Superior Tribunal da Justiça. Contrato Bancário. Revisão Contratual. Relativização do Pacta Sunt Servanda. Repetição de Indébito. Comprovação do Erro. Desnecessidade. Comissão de Permanência. Não cumulatividade com outros encargos moratórios. Agravo regimental desprovido. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 879268/RS. Banco Finasa S.A versus Jocelma dos Santos Puntel. Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa. Acórdão de 06/2/2007. Brasília: DJ, 12/3/2007, p. 254.

_____. Agravo regimental no Recurso Especial. Revisão contratual. Possibilidade. Relativização do princípio Pacta Sunt Servanda. Comissão de permanência. Cobrança. Possibilidade, desde que não cumulada com nenhum outro encargo, seja moratório ou remuneratório. Valor da condenação e custas. Fixação na fase de cumprimento da sentença. Agravo improvido. Agravo regimental no Recurso Especial nº 921104/RS. Banco Finasa S.A versus Paulo de Oliveira. Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa. Acórdão de 22/5/2007. Brasília: DJ, 4/6/2007 p. 375.

CORDEIRO, Eros Belin de Moura. *A revisão dos contratos na nova sistemática codificada brasileira e a Constituição do Brasil*. 2005. 277 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná — UFPR, Curitiba, 2005.

FINKELSTEIN, Cláudio. Cláusula *Hardship*: imprevisão ou incerteza? *Revista de Direito Internacional e Econômico*, Porto Alegre, v. 4. n. 15, p. 63-72, abr./jun. 2006.

GARCEZ, José Maria Rossani. *Contratos internacionais comerciais*: planejamentos, negociação, solução de conflitos, cláusula especiais, convenções internacionais. São Paulo: Saraiva, 1994.

GAVAZZONI, Adriana. *A renegociação e adaptação do contrato internacional*. Curitiba: Juruá, 2006.

GHESTIN, Jacques; BILLIAU, Marc. *Le prix dans les contrats de longue durée*. Paris: LGDJ, 1990.

- GILMORE, Grant. *The Death of Contract*. Columbus: Ohio State University Press, 1995.
- GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin. *Uma leitura da contemporaneidade contratual: lesão, cláusula de Hardship e a conservação do contrato*. Curitiba: Juruá, 2008.
- GOMES, Orlando. *Novíssimas questões de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 1984.
- GRANZIERA, Maria Luiza Machado. *Contratos internacionais: negociação e renegociação*. São Paulo: Ícone, 1993.
- HORN, Norbert. Procedures of Contract Adaptation and Renegotiation in International Commerce. In: _____. HORN, N. (Ed.). *Adaptation and Renegotiation of Contracts in International Trade and Finance*. Antwerp, Boston, London, Frankfurt, 1985. p. 173-190.
- ICC — International Chamber of Commerce. *ICC Force Majeure Clause 2003*. ICC Hardship Clause 2003. Paris: ICC Publishing, 2003.
- MARQUES, Cláudia Lima (Org.). *A nova crise do contrato: estudos sobre a nova teoria contratual*. Rio de Janeiro: RT, 2007.
- MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao Código Civil: do direito das obrigações. Do adimplemento e da extinção das obrigações (artigos 304 a 388)*, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. Vol. V. Tomo I.
- NORONHA, Fernando. *O Direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 1994.
- OPPETIT, Bruno. L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances: la clause "hardship". In: _____. *Journal du Droit International*. Paris : Editions Techniques, n. 4, out./dez. 1974.
- PERILLO, Joseph M. *Hardship and its Impact on Contractual Obligations: a comparative analysis*. Roma: Centro di Studi e Ricerche di Diritto Comparato e Straniero, 1996.

- PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. *O abuso do direito nas relações contratuais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- PRADO, Maurício C. A. La theorie du *hardship* dans les principes de L'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international. In: _____. *Diretto del Commercio Internazionale*. Milano: Guiffrè, 1997. p. 323-373.
- _____. Novas perspectivas do reconhecimento e aplicação do *Hardship* na Jurisprudência Arbitral Internacional. *Revista Brasileira de Arbitragem*, São Paulo, n. 2, p. 32-60, abr./jun. 2004.
- PRUJINER, Alain. Comment utiliser les Principes d'Unidroit dans la pratique contractuelle. In : *Revue Juridique Thémis*, Montréal: Thémis, vol. 36, p. 561-582, 2002.
- RIMKE, Joern. Force Majeure and *Hardship*: application in international trade practice with specific regard to the Cisc and the Unidroit principles of international commercial contracts. In: _____. *Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods (Cisc)*, 1999-2000. The Hague: Pace International Law Review, Kluwer Law Internacional. [s.l. ;s.n.], [2000?]. p. 193-243.
- SANTOS, J. A. Penalva. *Os contratos mercantis à luz do Código Civil*. São Paulo: Malheiros, 2006.
- ULMANN, Harold. Droit et Pratique des Clauses de *Hardship* dans le Système Juridique Américain. In: _____. *Revue de Droit des Affaires Internationales*, n. 7, p. 889-904, 1988.
- UNIDROIT — Instituto Internacional para Unificação do Direito Privado. *Princípios relativos aos contratos comerciais internacionais*. Roma: Ministério da Justiça de Portugal, 1995.