

ANOTAÇÕES SOBRE A CLÁUSULA DE HARDSHIP E A CONSERVAÇÃO DO CONTRATO INTERNACIONAL

Frederico Eduardo Z. Glitz

O termo *hardship* significa na prática contratual internacional a alteração de fatores políticos, econômicos, financeiros, legais ou tecnológicos que causam algum tipo de dano econômico aos contratantes¹.

A cláusula de *hardship* apresenta-se ao direito contratual como instrumento de conservação do negócio jurídico. Trata-se de cláusula de readaptação do contrato, prevendo a renegociação pelos contratantes dos termos contratuais, quando a execução houver se tornado inútil ou demasiado onerosa para uma deles, em vista das modificações imprevistas de circunstâncias que embasaram o negócio². Reveste-se, portanto, de nítida função conservatória do negócio jurídico.

A conservação do negócio, aliás, parece ter sido consagrada pelo Código Civil Brasileiro de 2002, que chega mesmo a estabelecer hipótese de conservação de negócio nulo (art. 170³).

O estudo das cláusulas de *hardship* pode auxiliar na compreensão de como se opera este “novo” paradigma⁴ da legislação brasileira e como

¹ STROHBACH, Heinz. Force majeure and hardship clauses in international commercial contracts and arbitration. *In* Journal of International arbitration, Paris: ICC, Vol. 1, n. 1, 1984, p.39-51.

² COSTA, José Augusto Fontoura; NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. As cláusulas de força maior e de "hardship" nos contratos internacionais. *In* Revista de Direito Mercantil, nº 97. São Paulo: RT, Janeiro/Março 1995, p.77.

³ “Se, porém, o negócio jurídico nulo contiver os requisitos de outro, subsistirá este quando o fim a que visavam as partes permitir supor que o teriam querido, se houvessem previsto a nulidade.”

⁴ Paradigma, segundo A. F. Chalmers, é composto de “suposições teóricas gerais e de leis e técnicas para sua aplicação adotadas por uma comunidade científica específica.” (CHALMERS, A. F. O que é ciência, afinal? São Paulo: Brasiliense, 1993, p.124.). Trata-se de leitura da teoria de Thomas Kuhn para quem paradigmas seriam modelos teóricos pelos quais cada ciência

compatibilizá-lo com as exigências de proteção de interesses sociais⁵ e as demandas de uma sociedade marcada por critérios de mercado⁶ e por padrões culturais globalizados⁷.

Se em um primeiro momento a justificativa de tais cláusulas é meramente econômica (minoração de riscos), pode-se vislumbrar o paradigma que representa como instrumento de funcionalização e justiça contratual. Seu contraponto interno seria a lesão, não como limitada pelo art. 157⁸ do atual Código Civil, mas em uma visão ampla, com instrumento de modificação contratual (a fim de se atender justamente a função social e o princípio da justiça contratual).

Como se afirmou, tal tipo de cláusula se desenvolveu visando-se a minoração de riscos. Trata-se de cláusula de readaptação do conteúdo contratual, por meio da renegociação dos termos do contrato, quando a execução se tornar inútil ou demasiado onerosa para um dos contratantes, em vista de modificações imprevistas de circunstâncias que embasaram o negócio. É exemplo da criatividade dos negociadores, suprindo lacunas no que se refere à minoração dos riscos do contrato internacional e formando verdadeiro costume internacional⁹.

tentaria resolver seus problemas historicamente apresentados (seriam adotados na medida em que trouxessem. “expectativa de sucesso”).

⁵ Trata-se de premissas básicas àqueles que defendem a Constitucionalização do Direito civil. Assim, também ao direito contratual (como instrumento máximo do tráfego econômico) impõe-se obediência aos princípios constitucionais, em especial a dignidade da pessoa humana e a justiça social.

⁶ CASTRO, Carlos Alberto Farracha de; NALIN, Paulo. Economia, mercado e dignidade do sujeito. In SILVEIRA RAMOS, Carmem Lucia *et alii* (org.). Diálogos sobre direito civil: construindo uma racionalidade contemporânea. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 104-109.

⁷ Sobre os riscos da desumanização do sujeito operada pelo mercado globalizado interessante o alerta de Franz Hinkelammert: “Toda la estrategia de la globalización fue una negación de la dignidad humana. La eliminación de los distorsiones del mercado es precisamente eso: la eliminación de la dignidad humana.” (HINKELAMMERT, Franz J. La caída de las torres. In Crítica Jurídica Revista Latinoamericana de política, filosofía y derecho. Curitiba: Unibrasil, n. 20, Jan/Jul 2002, p. 101).

⁸ “Ocorre lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta.”

⁹ Tratar-se-ia da denominada *lex mercatoria*, ou seja, “um conjunto de procedimentos que possibilita adequadas soluções para as expectativas do comércio internacional, sem conexões necessárias com os sistemas nacionais e de forma juridicamente eficaz.” (STRENGER, Irineu. Direito do comércio internacional e Lex Mercatoria. São Paulo: LTr, 1996, p.78).

O fundamento teórico da cláusula de *hardship* é a autonomia privada e a manutenção da base econômica do contrato. O que legitima sua invocação seria o prejuízo de um dos contratantes, causado por evento imprevisível e exterior à vontade das partes e que alterasse a “economicidade” do contrato¹⁰. As cláusulas de *hardship* se referem não ao evento propriamente, mas as suas conseqüências na economia do contrato.

Esclarecendo essa peculiaridade, Luiz Olavo Baptista afirma: "As circunstâncias, imprevisíveis sempre, e exteriores à vontade das partes, ao contrário do que ocorre com a força maior, não se devem às forças da natureza ou a fatos de terceiros, mas a movimentos do ambiente do contrato, especialmente os da economia."¹¹

Sua fundamentação, então, aproxima-se da chamada “Teoria da base do negócio jurídico”, consagrada por Larenz¹² e divulgada no Brasil por Clóvis do Couto e Silva¹³.

A possibilidade de readaptação dos contratos ante as novas condições do negócio viabiliza a manutenção da relação contratual, da confiança das partes e garantiria um certo grau de segurança jurídica (já que as partes estabelecerão os novos limites para o cumprimento das obrigações).

Nesse mesmo sentido esclarece Berthold Goldman que a complexidade das operações negociais internacionais e sua especificidade demasiada não permitem que a legislação nacional seja utilizada adequadamente para sua compreensão e regulação. Nessa medida desenvolvem-se órgãos profissionais que criam regras especializadas a determinado ramo do comércio internacional capazes de lhes emprestar adequado tratamento. Essas regras seriam, segundo o autor, obedecidas e regularmente cumpridas, mesmo não fazendo parte de nenhum ordenamento estatal.

Dessa forma, a *lex mercatoria* teria caráter jurídico, justamente por conta da certeza, efetividade e previsibilidade que o costume lhe outorgaria. (GOLDMAN, Berthold. As fronteiras do Direito e *Lex Mercatoria*. In: Archives de Philosophie du Droit, Vol. IX, nº9, p.177-192, 1964. Trad. Eugenia C.G. de Jesus Zerbini.).

¹⁰ GOMES, Orlando. A “hardship clause” no contrato de empreitada. In GOMES, Orlando. Novíssimas questões de Direito Civil. São Paulo: Saraiva, 1984, p.187.

¹¹ BAPTISTA, Luiz Olavo. O risco nas transações internacionais: problemática jurídica e instrumentos (de defesa). In Revista de Direito Público, nº 66. São Paulo: RT, Abril/Junho 1983, p.270.

¹² LARENZ, Karl. Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1956.

¹³ COUTO E SILVA, Clóvis V. do. A teoria da base do negócio jurídico no direito brasileiro. In Revista dos Tribunais, Vol.655. São Paulo: RT, Maio 1990, p.07-11.

A cláusula de *hardship* possuiria outras vantagens. Possibilita seja suprida eventual ausência de regulamentação legal interna das hipóteses de revisão do contrato, possibilita solução mais adequada à alteração das circunstâncias do contrato e a critérios de justiça contratual, evitando-se maiores custos ou suspensão da execução do avençado.

“Um aspecto que cabe ressaltar é que a presença desta cláusula, permitindo transformações nos termos do contrato, ao longo de sua execução, afasta a concepção do contrato como algo intangível, definitivo, ponto de equilíbrio entre interesses opostos. A noção se flexibiliza, no que pode ser vista uma influência da *lex mercatoria*, privilegiando a relação contratual como o lugar de manifestação do interesse comum das partes ligadas por longo tempo, ou seja, passa-se a lidar com um contrato evolutivo.”¹⁴

A cláusula de *hardship* permitiria que os contratantes estabelecessem quais são os eventos que caracterizariam sua incidência, podendo inclusive excluir expressamente alguns¹⁵. Permitiria, ainda, estabelecer-se detalhadamente a constatação do evento e os procedimentos para a revisão. Os critérios da imprevisibilidade e da inevitabilidade poderiam ser acrescidos ou diminuídos. Enfim, este tipo de cláusula permitiria grande margem de atuação das partes visando-se à manutenção do vínculo contratual.

Conservação do negócio no direito contratual internacional. A principiologia contratual tradicional, inspirada nos movimentos liberais burgueses do século XVII, ressaltou o individualismo e o liberalismo. O contrato, naquela visão, constituiu-se como instrumento da autonomia da vontade e liberdade, indispensáveis ao direito de propriedade.

Dando clara ênfase a vontade dos contratantes (da qual decorreria a vinculatividade do contrato) passou-se a evitar (quando não negar) qualquer intervenção estatal no contrato.

¹⁴ COSTA, Op. Cit., p. 87.

¹⁵ STRENGER, Irineu. Contratos internacionais do comércio. São Paulo: RT, 1986, p.225-236.

Tratava-se do anseio burguês por certeza e previsibilidade na condução dos negócios, pois o comércio somente poderia prevalecer em um ambiente em que fosse possível prever os custos e calcular os lucros¹⁶.

Com o tempo, contudo, esse modo de pensar passou a legitimar o abuso e a exploração de um contratante pelo outro. O incremento tecnológico e a massificação das relações contratuais contribuíram para o agravamento desse estado de coisas. A teoria clássica do contrato, paulatinamente, demonstrou-se despreparada para a contemporaneidade.

Percebeu-se que o processo de contratação¹⁷ estava sujeito à ocorrência de contratempos, riscos e mesmo impossibilidade de adimplemento.

Internamente, então, o legislador busca, por meio de sua atuação garantir o equilíbrio entre os contratantes, coibir os abusos e preservar os interesses sociais. A contemporaneidade contratual, portanto, internamente, é marcada por um forte apelo social¹⁸. É nesse cenário que o legislador busca a socialidade que, segundo Reale¹⁹, marcou toda a elaboração do Código Civil Brasileiro de 2002.

Internacionalmente, contudo, não havia um tal legislador que pudesse intervir nos contratos celebrados de modo a encontrar-lhes o equilíbrio almejado. Coube tal tarefa aos próprios contratantes, adaptando o próprio princípio da autonomia da vontade

A ausência de uma jurisdição internacional e, conseqüentemente, de aplicação de sanções internacionais durante muito tempo causou perplexidade

¹⁶ Conforme assevera Antonio Manuel Hespanha: “Sabe-se como a previsão e o cálculo de que dependem o êxito dos empreendimentos econômicos do capitalismo exige uma racionalização da vida e, quanto possível, uma proscrição do acaso e do imprevisto. Racionalizada a vida, as previsões dos empresários tornam-se cada vez mais certas, acresce o rigor do cálculo e, desenvolvendo-se tudo como estava previsto, os lucros tornam-se menos incertos e maiores.” (HESPANHA, Antonio Manuel. *Prática social, ideologia e direito nos séculos XVII a XIX*. Separata de vértice, nº340, 341 e 342. Coimbra, 1972, p.10/11).

¹⁷ Entendidas aqui todas as fases contratuais: pré-negocial, negocial, execução e pós-negocial tal como referidas por AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *A Boa fé na formação dos contratos*. In *Revista de Direito Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 3, p.78-87.

¹⁸ Neste sentido: NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.10-20.

¹⁹ REALE, Miguel. *Visão Geral do novo Código Civil*. In *Novo Código Civil brasileiro: estudo comparativo com o Código Civil de 1916, Constituição Federal, Legislação codificada e extravagante*, 3. ed., São Paulo: RT, 2003, p.12.

na doutrina, a ponto de se duvidar da efetividade do próprio direito internacional²⁰.

Aos poucos as construções desses contratantes consolidaram-se. Entidades internacionais não apenas as encamparam como passaram a desenvolver-lhes conteúdo teórico. Surgem como ciência a arbitragem²¹ e os chamados princípios do direito contratual internacional²².

Nesse sentido destacam-se os trabalhos da Unidroit²³ na constatação e consolidação dos princípios que baseariam as relações comerciais internacionais. Em especial, destaca-se a existência de obrigações “tácitas” aos contratantes (art. 5.2) que seriam aquelas decorrentes da natureza e dos objetivos do contrato, das práticas estabelecidas entre os contratantes, da boa-fé e da razoabilidade²⁴.

Além delas, pode-se citar o reconhecimento da existência de uma essência contratual, ou seja, de uma natureza própria aos contratos internacionais.

Esses estudos organizados pela Unidroit também constataram como princípio fundamental dos contratos internacionais o equilíbrio contratual (art.3.10 – desequilíbrio excessivo²⁵; art. 6.2.2 e seguintes - *hardship*²⁶).

Surge nessa media a justificativa teórica para a existência de uma cláusula de *hardship*, o preenchimento de uma função atribuída ao contrato: o equilíbrio das prestações.

²⁰ AKEHURST, Michael. Introdução ao Direito Internacional. Coimbra: Almedina, 1985, p.01-13.

²¹ Baseada em um desses “modelos teóricos” internacionais (Lei modelo da UNCITRAL), sua aplicação foi “revitalizada” pela legislação brasileira. Nesse sentido: BASSO, Maristela. A revitalização da arbitragem no Brasil sob um enfoque realista e um espírito diferente. *In* Revista de Direito Mercantil, n. 103. São Paulo: RT, Jul/Set, 1996, p.15-24.

²² BONELL, Michael Joachim. The Unidroit Principles of International Commercial Contracts: nature, purposes and first experiences in practice. Disponível em: www.unidroit.org/english/principles/pr-exper.htm. Acesso em 25/09/2003 às 14:00hrs.

²³ Instituto Internacional para a Unificação do Direito Internacional Privado.

²⁴ Para acesso, em português, aos princípios da Unidroit : www.cisg.law.pace.edu/galindo-da-fonseca/brasil-uff/principios.html.

²⁵ Com expressa referência a possibilidade de o Tribunal vir a adaptar o negócio às exigências de boa-fé e da natureza do negócio.

²⁶ Com expressa referência dentre seus efeitos da possibilidade de o Tribunal vir a adaptar o negócio de modo a atingir o equilíbrio contratual.

Embora não seja propriamente adequado trabalhar realidades contratuais distintas em paralelo, parece ser interessante a constatação de uma “novidade” legislativa brasileira: a consagração da função social do contrato.

Função social do contrato no Direito brasileiro. Dispõe o art. 421 do Código Civil brasileiro de 2002 que a liberdade contratual deve ser exercida em razão e nos limites da função social do contrato. Trata-se da projeção ao direito contratual das garantias constitucionais previstas no art. 5º, XXIII e art. 170 da Constituição da República.

A função social do contrato não foi criada pelo Código, já possuía existência prévia e independente da lei²⁷. Trata-se de superação do voluntarismo jurídico que não concebia qualquer limitação a livre contratação e exigia o estrito cumprimento dos termos do contrato celebrado.

As categorias jurídicas são históricas e culturais²⁸, nesse sentido o Código, marcado pela socialidade, atribuiu função social ao contrato, ou seja, “atribuição de um poder tendo em vista certa finalidade ou a atribuição de um poder que se desdobra em dever, posto concedido para a satisfação de interesses não meramente próprios ou individuais, podendo atingir também a esfera dos interesses alheios.”²⁹

Tepedino a compreende como “o dever imposto aos contratantes de atender – ao lado dos próprios interesses individuais perseguidos pelo regulamento contratual – a interesses extracontratuais socialmente relevantes, dignos de tutela jurídica, que se relacionam com o contrato ou são por ele

²⁷ Segundo Arnoldo Wald, por exemplo, a função social do contrato já estaria consagrada no ordenamento jurídico brasileiro quando o CCB/1916 repelia o abuso de direito e quando a Constituição da República (1988) consagrava a função social da propriedade (WALD, Arnoldo. Um novo Direito para a nova economia: a evolução dos contratos e o Código Civil. *In* Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil. Porto Alegre: Síntese, Julho/Agosto 2001, nº12, p.49-50).

²⁸ Nesse sentido: SANTOS, Eduardo Sens dos. O novo Código civil e as cláusulas gerais: exame da função social do contrato. *In* Revista de Direito Privado, nº10. São Paulo: RT, Abril/junho 2002, p.18 e 27.

²⁹ COSTA, Judith Hofmeister Martins. O Direito Privado como um "sistema em construção": as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro. *In* Revista dos Tribunais, São Paulo: RT, Julho 1998, p.39.

atingidos.”³⁰ Para o autor, a função social do contrato está intimamente ligada a noção de boa-fé objetiva.

A cláusula geral da função social exerce, segundo Judith Martins Costa, dupla função: restritiva e reguladora. Restritiva no sentido de ser condicionante do pleno exercício da liberdade contratual, já reguladora no sentido de que a função social é elemento integrante do conceito de contrato, sendo a liberdade de contratar exercida em sua função.

Paulo Nalin, por sua vez, assevera que o Código Civil de 2002 não funcionaliza, propriamente, o contrato, mas a liberdade contratual vez que a condiciona em razão e nos limites da função social³¹. A norma continuaria, no entanto, tendo sua virtude na medida em que serviria de “chave para a abertura do sistema civil”³².

A noção de função social do contrato que Paulo Nalin³³ apresenta é bastante interessante. Ela se verificaria em dois níveis: a) intrínseco que diria respeito à observância, pelos contratantes da principiologia contratual (igualdade material, eqüidade e boa-fé objetiva) e b) extrínseco relativo à coletividade, consubstanciado na repercussão dos efeitos do contrato nas relações sociais.

Há quem identifique, no entanto, a função social do contrato com a justiça contratual e o equilíbrio das prestações³⁴. Ou, ainda, que a função social do contrato equivale a liberdade contratual, limitada pela ordem pública e pelos interesses coletivos³⁵. Há também aqueles que entendem que a função social do

³⁰ TEPEDINO, Op. Cit., p.XXXII.

³¹ NALIN, Paulo. A função social do contrato no futuro Código Civil brasileiro. *In* Revista de Direito Privado, São Paulo: RT, Outubro/Dezembro de 2002, nº 12, p.50-60.

³² NALIN, Op. Cit., p.52.

³³ NALIN, Paulo. Do contrato: conceito pós-moderno. Curitiba: Juruá, 2001, p. 226-227.

³⁴ BARBOSA, Fernando Cabeças. A função social do contrato prevista no art. 421 do novo Código Civil. *In* Repertório de Jurisprudência IOB, 2ª quinzena de Abril de 2002, nº8/2002, Caderno 3, p.201-198.

³⁵ TALAVERA, Glauber Moreno. A função social do contrato no novo Código Civil. *In* Revista do CEJ, nº19. Brasília, Out/dez 2002, p.96.

contrato está vinculada a questões de ordem pública³⁶, isto é, teria função meramente limitadora da liberdade contratual³⁷

Esta última posição é a defendida por Edvaldo Brito. A função social do contrato, contudo, parece ter maior abrangência. Está ligada a noção de interesse coletivo (mitigando-se o princípio da relatividade dos efeitos do contrato)³⁸ e que, embora ligada a noção de equilíbrio das prestações, não se limitaria a ela³⁹.

Arnoldo Wald entende que o CCB/2002 operou verdadeira “revolução dogmática” na medida em que atribuiu função social ao contrato. Assevera, no entanto, que “a função social do contrato não deve afastar sua função individual, cabendo conciliar os interesses das partes e da sociedade.”⁴⁰

A força obrigatória dos contratos e a intangibilidade contratual, portanto, não restaria simplesmente afastadas, mas devem ser relidas, de acordo com essa nova realidade.

Funcionalização e conservação. Embora em um primeiro momento possa parecer paradoxal a conservação de um negócio jurídico como forma de preenchimento de uma função socialmente relevante, pode-se perceber, ao se analisar alguns casos práticos, a perfeita plausibilidade de uma tal conformação.

Nem sempre, por exemplo, hipóteses de anulação do negócio jurídico preencheriam a função que a sociedade atribuiu àquele contrato. Em algumas situações é justamente a adaptação daquele negócio específico que conduzirá ao melhor atendimento da justiça contratual.

É justamente nesse cenário que surge com extrema pertinência uma cláusula contratual aos moldes da cláusula de *hardship*. Embora seja situada em

³⁶ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Contrato: estrutura milenar de fundação do direito privado. In Revista do Advogado, nº68. São Paulo: AASP, Dez/2002, p.86.

³⁷ BRITO, Edvaldo. Nota prévia. In GOMES, Orlando. Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p.XV.

³⁸ NALIN, A função social do contrato no futuro Código Civil brasileiro, p.52 e seguintes.

³⁹ “Em outras palavras, tutelar o contrato unicamente para garantir a equidade das relações negociais em nada se aproxima da idéia de função social. O contrato somente terá uma função social – uma função pela sociedade – quando for dever dos contratantes atentar para as exigências do bem comum, para o bem geral.” (SANTOS, Op. Cit., p. 29).

⁴⁰ WALD, Op. Cit., p.51.

uma realidade distinta daquelas relações contratuais cotidianamente celebradas no Brasil, a noção de conservação que emprega tem se demonstrado paradigmática.

É bem verdade que representa solução típica e emoldurada aos negócios em que ainda se guarda algum tipo de equivalência de “poderes” de negociação. Essa “moldura” se deve, aliás, ao próprio fato de se tratar de verdadeira cláusula de negociação. Essa será tentada, antes da intervenção jurisdicional (estatal ou arbitral).

Ainda, que uma tal solução fosse de duvidosa efetividade na seara, por exemplo, das relações de consumo, massificadas por excelência, o seu papel fundamental parece esconder-se por detrás da praticidade das soluções que engendra.