

# “A MANUTENÇÃO DA RELAÇÃO CONTRATUAL EMPRESARIAL INTERNACIONAL DE LONGA DURAÇÃO: O CASO DA *HARDSHIP*”<sup>1</sup>

## INTRODUÇÃO

Tanto no âmbito do comércio internacional, como no plano doméstico, existe contemporaneamente uma preocupação da doutrina jurídica e da *praxis* com a questão da manutenção da relação contratual ao longo do tempo, máxime naqueles casos de relações duradouras. Efetivamente, encontra-se superada aquela concepção de contrato como mero acordo de vontades entre as partes, estanque no tempo e congelado ao momento da formação do negócio. Parece-se a relação contratual, como antes de qualquer coisa, como um fato social e econômico, cabendo ao direito contratual a garantia da funcionalidade que aquele instrumento de circulação de bens e serviços que é o contrato em uma economia de mercado. E um dos principais problemas a serem enfrentados pelo direito contratual é a adaptação da 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 no início do vínculo. O direito contratual, em outras palavras, deve lidar com a complexidade social, buscando absorver algumas das incertezas e mutações do ambiente econômico do contrato ao longo do tempo, como mecanismo de adaptação.

Se diversos Códigos Civis do século XX (veja-se, exemplificativamente os Códigos Civis italiano, português e brasileiro) estipularam a possibilidade de revisão judicial dos contratos por excessiva onerosidade, ou seja por circunstâncias imprevistas e alheias à vontade das partes, inevitáveis, que causam um desequilíbrio na equação econômico-financeira do

---

<sup>1</sup> Por Luciano Benetti Timm. Professor da Escola Superior da Magistratura da AJURIS, Professor Adjunto da PUCRS e Professor do PPGD da ULBRA. Doutor em Direito pela UFRGS, com os créditos realizados na

contrato, mais contemporaneamente esta preocupação de adaptação da relação contratual ao longo do tempo tem também afetado os internacionalistas, até porque é a exposição do contrato às incertezas e modificações no ambiente dos negócios é ainda maior no comércio internacional (pela maior exposição a atos governamentais, a atos da natureza em todo o globo terrestre, a fluxos cambiários e financeiros, etc).

Efetivamente, no âmbito do comércio internacional, tem se desenvolvido um direito essencialmente internacional, criado pelos próprios agentes econômicos, chamado de *lex mercatoria*. Essa nova *lex mercatoria* vem substituindo o tradicional *approach* do Direito Internacional Privado aos contratos internacionais por meio do método conflitual, como é o caso do artigo 9º da Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro, por meio de uma harmonização das regras substanciais atinentes à relação contratual internacional, evitando assim a colisão de normas domésticas. Isso porque a harmonização do direito é uma melhor solução, no âmbito do comércio internacional, do que o sobredireito que apenas aponta qual o sistema jurídico regulará o conflito de normas sob uma ótica da legislação interna do país em que foi julgada uma determinada questão.

Esta tendência não oficial ou não-governamental de harmonização das normas jurídicas atinentes aos contratos – como é o caso das padronizações *soft law* da ICC (*force majeure* e *hardship*) e do UNIDROIT (*force majeure* e *hardship*) é completada por uma harmonização governamental, por meio de tratados e convenções firmados pelos países, como é o caso da Convenção sobre a Compra e Venda Internacional de Mercadorias de Viena (1980), sob os auspícios da UNCITRAL/ONU e a CIDIP V sobre lei aplicável aos contratos internacionais de 1994 no México, sob o patrocínio da OEA. A principal distinção prática entre elas é justamente que o *soft law* da ICC e do UNIDROIT depende de uma adesão específica das partes no contrato, não sendo um direito posto pelo estado que se aplique de plano.

O que acontece quando se tem um direito verdadeiramente privado (*lex mercatoria*) criado pelos próprios agentes econômicos para resolver seus problemas práticos? Chega-se a um direito verdadeiramente global e internacional e voltado para os problemas econômicos

concretos experimentados pelas partes. É nesse contexto que se insere a *hardship*. Nesse sentido, meu convite é que se pense, ao longo deste artigo, como empresário e não como um jurista (tradicional).

A regulação dos novos códigos civis acerca da onerosidade excessiva, assim como a *lex mercatoria* e o seu *soft law* sobre a *hardship* só podem ser compreendidos dentro de uma nova concepção de contrato inerente a uma sociedade globalizada ou pós-moderna, na qual a complexidade dos problemas seja levada a sério; ou seja, se se perceber o grau de imbricamento das relações sociais e econômicas, que formam verdadeiras redes, facilitadas pela comunicação digital e eletrônica. Nessa nova escala de complexidade social e econômica, deve-se perceber o grau de dependência mútua entre os agentes econômicos e uma necessidade de flexibilização do contrato, para que ele possa sobreviver às intempéries econômicas, governamentais e naturais. Deve ser observado que existem relações de longa duração entre as empresas, baseadas na confiança e que este tipo de relacionamento não pode ter o mesmo tratamento jurídico de um contrato de compra e venda de *commodities*, que se perfectibiliza e se cumpre instantaneamente na maioria dos casos. Deve-se se dar conta que o tempo afeta a economia de uma relação jurídica contratual e que o relacionamento somente será mantido se o negócio for bom para ambas as partes, não tendo uma delas que sofrer com fatos econômicos imprevisíveis e danosos.

Nesse sentido, o estudo de campo paradigmático de Stewart Macaulay (MACAULAY, 1968), demonstrando que as empresas não vislumbram o contrato como uma relação jurídica, mas econômica; elas resistem a aplicar a lógica jurídica de direitos e deveres mútuos, ponderando antes seu interesse econômico, que passa, no mais das vezes, pela manutenção do vínculo empresarial (assim podem resistir em aplicar um direito previsto no documento jurídico em favor de uma questão comercial). Nesse sentido, em uma concepção mais atual, contrato é uma forma de relacionamento econômico e social equilibrado economicamente (“ganha-ganha”) e não apenas uma relação jurídica ou um acordo de vontades congelado no tempo do fechamento do negócio. Ora, o mundo não é assim. Segundo Keynes, a grande marca do capitalismo é sua instabilidade, o risco. Em sendo o contrato um sistema de alocação de riscos, há que se ponderar quais destes riscos inerentes ao capitalismo foram efetivamente assumidos pelas partes.

Assim é que na prática dos negócios (nacionais/internacionais) formam-se teias de relacionamento empresarial fundadas estritamente na confiança, na maioria das vezes sem qualquer formalização documental (veja-se o caso do *cluster* coureiro-calçadista de Novo Hamburgo, que concentra um dos maiores núcleos exportadores do país; ou mesmo o *cluster* metalmecânico de Caxias do Sul). É claro que estas relações podem ser classificadas como contratos, mas é importante ir mais longe, ou seja, mudar o paradigma da concepção tradicional de contrato. Nesse diapasão, a concepção de contrato deve acompanhar esta revolução econômica, para não mais ser entendido como um vínculo de antítese entre os contratantes, mas um polo de cooperação para atingimento de objetivos comuns.

A *hardship* é talvez a parte mais reveladora desta nova concepção relacional do contrato no âmbito do *soft law*. Focar-se-á aqui o seu conceito, requisitos, vantagens e desvantagens, funcionamento, além de exemplos práticos, como não poderia deixar de ser no direito do comércio internacional.

## I – CONCEITO

O que é a *hardship* no âmbito dos contratos internacionais? Simplificadamente, é uma dificuldade, uma adversidade, um infortúnio, experimentados por um dos contratantes normalmente por causa de um **fator econômico externo, imprevisto e irresistível às partes**. *Hardship* é um desequilíbrio econômico ocorrido no seio da relação contratual que exigiria uma adaptação do contrato para evitar a extinção do contrato ou mesmo a quebra de uma das partes, analogamente à conhecida figura da *rebus sic standibus* ou da onerosidade excessiva. É o que diz a melhor doutrina:

"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, vindo a modificar o equilíbrio desse contrato a tal ponto de fazer uma das partes sofrer com um rigor injusto." (OPETTTT, 1974)

"...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" (ORLANDO GOMES, 1988).

"An event that changes the contractual equilibrium between the rights and obligations of the parties in such a dramatic way that performance can become ruinous for one of them or cannot reasonably be expected" (MELIS, 1984)

Para evitar que uma das partes sofra sozinha a perda econômica por um risco por ela não assumido que lhe causa uma dificuldade no cumprimento de sua obrigação, o que se faz então, no âmbito da *lex mercatoria*, é inserir uma cláusula de *hardship* no contrato para permitir a flexibilização e adequação do contrato à nova realidade que se impôs aos contratantes. Normalmente, a melhor forma de fazer a revisão do contrato é por meio de renegociação entre as próprias partes, mas devem ser previstos mecanismos de mediação e mesmo arbitrais de solução de controvérsia, caso não haja consenso entre os próprios interessados. Na dicção da melhor doutrina:

"There is a group of clauses aimed at ensuring that the contractual structure is flexible enough to withstand the changes taking place in the environment in which it operates" (SORNARAJAH, 1988).

"La maintien du contrat en équilibre par le jeu de la clause d'adaptation permet d'assurer la continuité de la relation" (FABRE, 1983)

"Hardship may be invoked by one of the parties if the occurrence of events not contemplated by the parties fundamentally alters the equilibrium of the contract thereby placing an excessive

burden on the party invoking the clause, in the performance of his contractual obligations” (ICC, 421)

São verdadeiras **cláusulas processo**, cláusulas de **reestabilização econômica** do contrato. São exemplos de *hardship* extraídos de minutas contratuais: *government take clause*, *first refusal clause*, dificuldade de obtenção de divisas para pagamento externo em vista de um ato governamental, Dificuldades sanitárias, ambientais ou de imigração, provocadas por atos de governos; Modificação na situação econômica ou monetária do contrato.

Este tipo de cláusula aparece com mais frequência em relações contratuais de longa duração (*Long term relationships - LTR*) – ou nos também chamados de “contratos relacionais” – *relational contracts* (MACNEIL, 1978; PORTO MACEDO, 1999), fundamentalmente: transferência de tecnologia e *joint ventures*; contratos financeiros; contratos de prestação de serviços, especialmente os de obra.

## II – SIMILITUDES E DISTINÇÕES

*Hardship* não se confunde com a **force majeure** (não se está tratando aqui do direito francês, mas sim do instituto da *lex mercatoria*). Normalmente, a *hardship* enseja renegociação de um contrato por **dificuldades** de uma das partes e não uma extinção do contrato por **impossibilidade** de cumprimento, sem direito à indenização, como na *force majeure*. Ademais, o evento, no primeiro caso, está ligado normalmente ao cenário econômico do contrato e não um evento da natureza ou fatos de terceiros como na segunda situação. Em resumo, a *force majeure* é uma cláusula de exceção (*exemption clause*) ou cláusula de exoneração de responsabilidade (*relief from liability clause*) e a *hardship* uma cláusula de manutenção do contrato.

Também a *hardship* não se confunde com a **lesão**, já que nesse instituto o evento é concomitante à formação do contrato e não posterior como na *hardship* (artigo 157 do Código Civil brasileiro). De outro lado, aproxima-se das **cláusulas de indexação** no sentido de ambas serem mecanismos de reequilíbrio do contrato, mas delas se extrema por não ser previsível e pré-determinada como elas (caso contrário não seria caracterizado por um evento posterior à

contratação e imprevisto pelas partes). A *hardship* é a ocorrência justamente de um evento imprevisto.

### III – REQUISITOS DA CLÁUSULA

Quais os seus **requisitos**?

a) **Desequilíbrio econômico-financeiro desproporcional ou irrazoável do contrato causado por um evento** (aspecto objetivo) - que pode ser genericamente caracterizado no contrato ("prejuízo econômico exagerado"; "*substantial and disproportionate prejudice*") ou mais especificamente previsto ("caso o preço de mercado seja estabelecido na bolsa de Chicago a um preço superior ou inferior a ..."; "caso haja uma abrupta desvalorização do real em relação ao dólar, que ultrapasse a ..");

b) **evento aquele exterior à vontade das partes, e ainda;**

c) **inevitável e;**

d) **imprevisível** (aspecto subjetivo); "Si par suite de conséquences d'ordre économique ou commercial survenant après la signature du contrat et dehors des prévisions normales des parties"; "survenance d'événements économiques imprévisibles ou exclus par les prévisions qu'ont admises acheteur et vendeur"; "an intervening event or change of circumstances beyond said party's control when acting as a reasonable and prudent operator" (exemplos de BATISTA, 1994).

e) pode haver alusão também à **equidade, *fairness*, equilíbrio, boa fé;**

f) Normalmente há previsão do **dever de renegociar o contrato e uma solução de mediação (vinculante ou não) ou arbitral** caso não haja consenso.

Claro que na redação do contrato, diante do princípio maior da liberdade contratual, que, no direito do comércio internacionais é mais amplo do que no direito doméstico, as partes podem restringir, flexibilizar ou excluir algum destes elementos.

### IV – EFEITOS:

a) **Dever objetivo de renegociar** dentro de um prazo, podendo as partes estar ou não acompanhadas por um mediador: "the prejudiced party may, by notice, request the other for a meeting to determine if said occurrence has happened..."; "either party shall have the right to ask for renegotiations".

b) Podem ser colocados **critérios para a renegociação**, seja em **termos procedimentais** (*good faith*, lealdade, transparência), seja em **termos de resultado** das negociações (de maneira mais genérica, como resultado "appropriate and equitable in the circumstances"; ou mais preciso: "de façon à remplacer les parties dans une position d'équilibre comparable à celle qui existait au moment de la conclusion du présent contrat";

c) Normalmente, **se as partes não forem exitosas na negociação** dentro de um prazo estabelecido no instrumento, há um **procedimento de mediação e/ou arbitral**, seja para a terminação do contrato, seja para sua revisão (**o que depende de poderes expressos ao árbitro**): "...if the seller and the buyer have not agreed, within sixty days, either party may require the matter to be submitted for arbitration. The arbitration shall determine whether a aforesaid occurrence has happened".

d) Interessante notar que a ICC mantém uma comissão permanente de manutenção de contratos, que pode fazer as vezes de mediador de uma readaptação do contrato à nova realidade econômica (ICC, Adaptation of contracts rules, nº 326).

e) É costume também inserir no contrato que a parte prejudicada pelo evento assuma um **compromisso de notificar** a outra parte logo que possível ou dentro de um prazo razoável ("within a reasonable time", "as soon as possible") – "La partie qui invoque un cas de force majeure devra aussitôt adresser une notification expresse à l'autre partie") ou dentro de um prazo específico de "x" dias; é importante prever a forma da notificação inclusive (fax, carta registrada, *mail*, etc); também pode assumir o encargo de fazer a prova deste evento num determinado prazo ("les preuves officielles du cas signalé seront fournies dans les 30 jours à compter de la date de notification du cas de 'force majeure'") e, ainda, de notificar a outra parte logo que superado o evento da *hardship* (exemplos extraídos de NUSDEO, 1994).

f) além disso, é padrão constar da cláusula de *hardship* que a parte que invoca o benefício assumir o **dever de minorar o prejuízo da outra** parte (*best efforts clause: Parties shall exercise all due diligences to minimize the extent of the prevention of delay in the performance of the contract generally*).

g) Pode haver **previsão da consequência do descumprimento** destes deveres, que podem ir de uma multa contratual, responsabilidade civil pelas perdas e danos até a perda do direito de fazer uso da *hardship* (*waiver* específica para este caso ou *miscellaneous*).

h) Podem também as partes dispor sobre a **suspensão ou não do contrato** durante o período da renegociação ou da dificuldade.

## V – ANALOGIA NA LEGISLAÇÃO DOMÉSTICA E NO DIREITO COMPARADO:

No Brasil, a analogia se dá com o instituto da **onerosidade excessiva**, art. 478 e 317 do NCC. No direito alemão, a analogia é com a doutrina da **teoria da base do negócio jurídico** de Larenz; e mais especificamente com o § 295 do GIW ("Gesetz über Internationale Wirtschaftsverträge") que permite ao juiz adaptar o contrato de longa duração à mudança das circunstâncias que envolveram a formação do negócio. No direito francês, a analogia é com a doutrina da **imprévision**. No Código Civil Italiano de 1942 existe a regulação do instituto de excessiva onerosidade.

Na *common law*, a analogia é mais difícil (diante da dificuldade de admitir a revisão de contratos naquela cultura jurídica), mas aparecia com a doutrina da **frustration** (Lord Radcliffe *in* Davis Contractors, Ltd. v. Fareham U.D.C.: "Frustration occurs when the law recognizes that without default of either party a contractual obligation has become incapable of being performed because the circumstances in which the performance is called for would render it a thing radically different from that which was undertaken by the contract. It was not this that I promised to do" (PUELINCKX, s/d).

## VI – QUAL A TENDÊNCIA NOS TRIBUNAIS ARBITRAIS?

A cultura, ou seja, como juízes, árbitros, advogados e cidadãos vêem o Direito e com ele se relacionam, é parte do fenômeno jurídico (LOPES, 1997). Assim, ela afeta diretamente a aplicação das regras jurídicas, inclusive no âmbito do comércio internacional. Dessa forma, a cultura jurídica do árbitro, a sua formação acadêmica e seu país de origem influenciam na interpretação e integração de um contrato internacional. Salienta-se que é difícil ao árbitro se descolar totalmente do direito e da cultura do seu país (como também aos advogados das partes, se não forem especializados em operações internacionais). Nesse sentido, requerem um especial cuidado aos brasileiros os árbitros oriundos da *common law*, que são muito detalhistas na prova e muito conservadores na aplicação do *soft law* que escapa da tradição da *common law*.

Em geral, especialmente em árbitros oriundos da *common law*, há a pressuposição de que homens de negócios envolvidos no comércio internacional devem se precaver e redigir adequadamente seus contratos, suficientemente claros e precisos (não é por acaso que os advogados desse sistema jurídico fazem documentos extensos e detalhados e normalmente participam ativamente das negociações e na estruturação das operações).

Dito isso e feita essa ressalva, a tendência é, mesmo nos países da *civil law*, de interpretação restritiva da *hardship*, sendo difícil o reconhecimento desta dificuldade e de sua imprevisibilidade nos casos concretos (note-se que a nacionalidade dos árbitros da maior parte dos casos de arbitragem da CCI é francesa, onde ainda é forte a doutrina do *pacta sunt servanda*, embora novos autores como Jamin, Denis Mazeud, Ghestin e Villey andem em sentido contrário). O maior compromisso é com o *pacta sunt servanda* e com a estabilidade do comércio internacional.

Nesse sentido, por exemplo, no caso 2546 ICC, o árbitro não admitiu como força maior nem *frustration* o fato de um vendedor israelense ter atrasado a entrega de mercadorias durante e logo após a Guerra de Yom Kippur, a qual teria provocado aumento de preços na

matéria-prima, destruição de estradas e de infra-estrutura, entendendo que não ficara provada a impossibilidade do cumprimento logo após o período da guerra.

## **VII – VANTAGENS E DESVANTAGENS:**

A grande vantagem da *hardship* é a possibilidade de conferir maior flexibilidade às relações contratuais de longa duração, viabilizando a sua adaptação no tempo, de forma mais equilibrada, o que provoca um ganho de legitimidade na relação jurídica. Como desvantagem, há fluidez dos conceitos, o risco de discricionariedade dos árbitros e juízes na interpretação da cláusula e, ainda, a insegurança gerada por tudo isso, sem falar na própria concreta dificuldade na obtenção de consensos na renegociação do pacto.

## **BIBLIOGRAFIA**

ALMEIDA PRADO, Maurício de. “Novas perspectivas do reconhecimento e aplicação do *hardship* na jurisprudência arbitral internacional”. In Revista Brasileira de Arbitragem, vol. 02, 2004, p. 32.

AMARAL NETO, Francisco dos Santos. “A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica”. In Revista de Direito Civil, vol. 47, p. 07.

ATIYAH, P. “The rise and fall of the freedom of the contract”. Oxford, Clarendon Press, 1979.

BATISTA, Luis Olavo. “Contratos Internacionais”. São Paulo, Saraiva, 1994.

COSTA, José A. F. e NUSDEO, Ana Maria. “As cláusulas de força maior e de *hardship* nos contratos internacionais”. In Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, vol. 97, 1995, p. 76.

DOUDKO, Alexei. “Force majeure and hardship”. In Revue de Droit Uniform, 2001, p. 100.

FABRE, Regis. “Les clauses d’adaptation dans les contrats”. In Revue Trimestrielle de Droit Civil, nº 82, 1983, p. 01.

GAMA, Lauro da. “Os princípios UNIDROIT”. São Paulo, Tese de Doutorado USP, 2004.

GHESTIN, Jacques. “Droit Civil – La formation du contrat”. Paris, LGDJ, 1996;

GILMORE, Grant. “The death of contract”. Columbus, Ohio State University Press, 1995.

GRAU, Eros. “Um novo paradigma de contratos?”. *In Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 96, p. 423 e ss.

GREENWALD, Douglas. “Dictionnaire Économique”. 3<sup>a</sup> ed. Paris, Economica.

JAMIN, Christophe. “Plaidoyer pour le solidarisme contractuel”. *In “Le contrat au début du XXIe siècle”*. Org. Christophe Jamin *et alli*. Paris, LGDJ, 2001, p. 441 e ss

MACAULAY, Stewart. “The use and non-use of contracts in the manufacturing industry”. *In The Practical Lawyer*, vol. 09, n° 07, p. 13.

MACEDO, Ronaldo Porto. “Contratos relacionais”. São Paulo, Max Limonad, 1999

MARTINS-COSTA, Judith. “Crise e Modificação da Noção de Contrato no Direito Brasileiro”, *in “Revista Direito do Consumidor”*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, vol. 3, pp. 127 a 154

MELIS, Werner. “Force majeure and hardship clauses in international commercial contracts in view of the practice of the ICC court of arbitration”. *In Journal of International Arbitration*, vol. 03, 1984, p. 213.

MOSER, Luis Gustavo. “As cláusulas de hardship e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro”. Porto Alegre, 2004, texto inédito.

NEGREIROS, Teresa. “Teoria do Contrato”. Rio de Janeiro, Renovar, 2002.

OPPETIT, Bruno. “L’adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances: la clause de hardship”. *In Journal du Droit International*, vol. 04, 1974, p. 794.

RIEG, A. “Le rôle de la volonté dans la formation de l’acte juridique d’après les doctrines allemands du XIX siècle”. *In Archives de Philosophie du Droit*, “Le role de la volonté dans le droit”, Paris, Sirey, snt., p. 125;

ROPPO. “O contrato”. Coimbra, Almedina, 1988

SORNARAJAH, M. “Supremacy of the renegotiation clause in international contracts”. *In Journal of International Arbitration*, vol. 05, 1998, p. 97.

STROHBACH, Heinz. “Force majeure and hardship clauses in international commercial contracts and arbitration. The East-German approach”. *In Journal of International Arbitration*, vol. 01, 1984, p. 39.