

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS
FACULDADE DE DIREITO

Flávia Câmara e Castro

A cláusula de *hardship* em contratos empresariais no Brasil

Belo Horizonte

2022

Flávia Câmara e Castro

A cláusula de *hardship* em contratos empresariais no Brasil

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito, sob a orientação do Prof. Dr. Christian Sahb Batista Lopes, na linha de pesquisa *Poder, Cidadania e Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito*.

Belo Horizonte

2022

Ficha catalográfica elaborada pela bibliotecária Meire Luciane Lorena Queiroz - CRB-6/2233.

C355c Castro, Flávia Câmara e
A cláusula de *hardship* em contratos empresariais no Brasil [manuscrito] /
Flávia Câmara e Castro. - 2022.

Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Minas Gerais,
Faculdade de Direito.

1. Direito empresarial - Teses. 2. Contratos - Teses. 3. Cláusulas
(Direito) - Teses. 4. Negociação - Teses. I. Lopes, Christian Sahb Batista.
II. Universidade Federal de Minas Gerais - Faculdade de Direito. III. Título.

CDU: 347.74(81)



ATA DA DEFESA DA DISSERTAÇÃO DA ALUNA FLÁVIA CÂMARA E CASTRO

Realizou-se, no dia 30 de agosto de 2022, às 09:00 horas, Auditório Francisco Luiz da Silva Campos, da Universidade Federal de Minas Gerais, a defesa de dissertação, intitulada *A cláusula de hardship em contratos empresariais no Brasil*, apresentada por FLÁVIA CÂMARA E CASTRO, número de registro 2020652450, graduada no curso de DIREITO, como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em DIREITO, à seguinte Comissão Examinadora: Prof(a). Christian Sahb Batista Lopes - Orientador (UFMG), Prof(a). ESTER CAMILA GOMES NORATO REZENDE (Universidade Federal de Minas Gerais), Prof(a). Natalia Cristina Chaves (UFMG).

A Comissão considerou a dissertação:

(X) Aprovada, tendo obtido a nota 85 (oitenta e cinco)

() Reprovada

Finalizados os trabalhos, lavrei a presente ata que, lida e aprovada, vai assinada por mim e pelos membros da Comissão.

Belo Horizonte, 30 de agosto de 2022.

CHRISTIAN SAHB
BATISTA

LOPES:94281645691

Assinado de forma digital por
CHRISTIAN SAHB BATISTA
LOPES:94281645691
Dados: 2022.08.31 16:18:13 -03'00'

Prof. Christian Sahb Batista Lopes (Doutor) nota 85.

ESTER CAMILA GOMES
NORATO REZENDE

Assinado de forma digital por ESTER
CAMILA GOMES NORATO REZENDE
Dados: 2022.09.12 22:41:40 -03'00'

Profa. Ester Camila Gomes Norato Rezende (Doutora) nota 85.

Fabio Queiroz
Pereira

Assinado de forma digital por
Fabio Queiroz Pereira
Dados: 2022.08.31 15:50:23
-03'00'

Prof. Fabio Queiroz Pereira (Doutor) nota 85.

RESUMO

O presente trabalho visou discutir o tratamento direcionado à cláusula de *hardship* nos contratos empresariais sujeitos ao Direito Brasileiro. A cláusula impõe aos contratantes uma obrigação de renegociar os termos do acordo no caso de evento superveniente que torne as obrigações de uma ou mais partes excessivamente onerosas. Apesar da grande relevância do tema da renegociação no cenário atual de crise vivenciado globalmente, notou-se que não há, no Brasil, uma abordagem satisfatória desse dever quando derivado da vontade das partes, abrindo-se amplo espaço para o presente estudo. Não é claro, por exemplo, como se poderia caracterizar o adimplemento e o inadimplemento do dever de renegociar, quais as suas consequências, e se há possibilidades de execução da cláusula que o impôs. A relevância do tema se justifica pela constatação de um anseio das partes, em contratos paritários, em ter segurança jurídica quanto ao que estarão submetidas ao dispor sobre um dever de renegociar em seus contratos. A investigação do trabalho se voltou a uma perspectiva prática, buscando entender, principalmente, a percepção de aplicadores e praticantes do direito acerca do instrumento estudado.

Palavras-chave: cláusula de *hardship*; renegociação; contratos; dever de renegociar, onerosidade excessiva; desequilíbrio.

ABSTRACT

This study aimed to discuss the treatment directed to the hardship clause in commercial contracts subject to Brazilian Law. The clause imposes on the contracting parties an obligation to renegotiate the terms of the agreement in the event of a supervening event that makes the obligations of one or more parties excessively onerous. Despite the great relevance of the topic of renegotiation in the current scenario of crisis globally experienced, it was noted that in Brazil there is not a satisfactory approach to this duty when derived from the will of the parties, which opened ample space for the present study. It is not clear, for example, how the performance and breach of the duty to renegotiate could be characterized, what their consequences are, and whether there are possibilities for the execution of the clause that imposed such duty. The relevance of the theme is justified by the observation of a desire of the parties, in equal contracts, to have legal certainty as to what they will be subject to when there is a duty to renegotiate in their contracts. The investigation of the study turned to a practical perspective, mainly seeking to understand the perception of law enforcers and practitioners about the instrument studied.

Keywords: hardship clause; renegotiation; contracts; duty to renegotiate, excessive burden; imbalance.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	6
1.1	CONTEXTUALIZAÇÃO	8
1.2	O DESEQUILÍBRIO NO DIREITO BRASILEIRO.....	9
1.3	O DEVER DE RENEGOCIAR NO DIREITO BRASILEIRO	11
1.4	JURISPRUDÊNCIA	18
1.5	COMPARATIVO COM CONVENÇÕES INTERNACIONAIS E OUTROS SISTEMAS JURÍDICOS	23
1.6	BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A LEI DA LIBERDADE ECONÔMICA.....	30
1.7	RECORTE DO TRABALHO: CLÁUSULAS DE HARDSHIP EM CONTRATOS EMPRESARIAIS	32
2	DEFINIÇÃO, NATUREZA E EFEITOS DA CLÁUSULA DE HARDSHIP	35
2.1	DEFINIÇÃO	35
2.2	NATUREZA	37
2.3	EVENTOS CARACTERIZADORES DO HARDSHIP	39
2.4	EFEITOS	40
2.4.1	Suspensão da jurisdição estatal ou arbitral.....	41
2.4.2	Adimplemento.....	44
2.4.3	Inadimplemento.....	48
2.4.4	Consequências do inadimplemento.....	51
2.4.5	Meios possíveis para a execução	58
2.4.6	Crerios vagos	60
3	TRATAMENTO DA CLÁUSULA DE HARDSHIP	64
3.1	ORDENAMENTO BRASILEIRO	64
3.2	JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA	65
3.2.1	Superior Tribunal de Justiça	65
3.2.2	Tribunal de Justiça de Minas Gerais	65
3.2.3	Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro	66
3.2.4	Tribunal de Justiça de São Paulo	67
3.3	PESQUISA PRÁTICA	75
3.4	CONTRATOS DE COMÉRCIO INTERNACIONAL	85
3.5	ORGANIZAÇÕES INTERNACIONAIS	87
3.6	CLÁUSULA MODELO DA CCI	94

3.7	CASOS ESTRANGEIROS	97
4	CONCLUSÃO E REDAÇÃO DA CLÁUSULA	111
4.1	CONCLUSÃO.....	111
4.2	PROPOSTA DE PONTOS A SEREM ABORDADOS NA REDAÇÃO DA CLÁUSULA	112
4.2.1	Eventos ensejadores e parâmetros de renegociação.....	113
4.2.2	Modalidades de renegociação	114
4.2.3	Prazo mínimo ou máximo	114
4.2.4	Consequências do insucesso da renegociação.....	115
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	116

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho visou à investigação da utilização, dos efeitos e das possíveis abordagens de redação da cláusula de *hardship* no ordenamento jurídico brasileiro. O objetivo principal foi traçar parâmetros para que se possa entender quais são as efetivas implicações da existência da cláusula de renegociação em contratos paritários e os diferentes tipos de formulação que ela pode apresentar.

Este primeiro capítulo buscou apresentar o tema e demonstrar a importância da sua discussão no Direito Brasileiro, especialmente em face do momento atual de crise, que cria um ambiente ensejador de desequilíbrios, em relação aos quais o ordenamento pátrio não apresenta resposta conclusiva ou que proporcione uma previsibilidade em relação aos mecanismos de reequilíbrio ou rescisão. Também no primeiro capítulo foram delimitados os tipos de contrato objeto de estudo e algumas das referências que serão analisadas no que diz respeito à jurisprudência e à legislação internacional.

O segundo capítulo pretendeu definir o que é a cláusula de *hardship*, discorrendo a respeito de sua natureza e de suas implicações gerais, e esmiuçando o conceito do dever de renegociar. Foi feita uma análise dos deveres da boa-fé e da colaboração na renegociação da obrigação, examinando, também, os critérios para a constatação do insucesso desse procedimento. Nesse contexto, foram tratados as consequências e os possíveis remédios para o descumprimento do dever de renegociação. Foi investigado, ainda, se se trata de descumprimento relativo ou absoluto do contrato.

O terceiro capítulo compreendeu uma investigação prática dos efeitos da cláusula de *hardship*, traçando uma análise doutrinária e jurisprudencial, tanto em âmbito doméstico quanto de alguns órgãos e países estrangeiros, sobre os efeitos da cláusula em termos processuais.

Nesse capítulo, a cláusula foi segmentada conforme suas diferentes possibilidades de redação, sendo observadas as consequências para diferentes disposições (limites temporais, métodos de renegociação, entre outros) e as sugestões de redação da Câmara de Comércio Internacional. Foi aplicado, também, um questionário a advogados, cujos dados foram anonimizados e que trabalham com contratos no seu dia a dia, com um recorte focado em escritórios de advocacia que atendem majoritariamente pessoas jurídicas, almejando traçar um breve panorama sobre como tem sido a experiência com cláusulas de *hardship* na prática do mercado.

Por fim, o quarto e último capítulo compreendeu as conclusões do trabalho, com uma abordagem dos possíveis roteiros para a redação da cláusula na prática, contendo, com base em

toda a análise feita ao longo dos estudos, pontos estratégicos para garantir sua efetividade em cada um dos quesitos eventualmente desejados pelas partes.

1.1 Contextualização

A cláusula de *hardship*, tema deste trabalho, tem como principal objetivo a determinação de que os contratantes, diante de uma situação de desequilíbrio posterior à formação do contrato, tenham um compromisso de tentar renegociar suas prestações, almejando o seu reequilíbrio. Os principais aspectos da cláusula serão dissecados durante este trabalho, mas, para que se possa tratar sobre uma cláusula que se preza a determinar a conduta das partes em resposta a este cenário, é preciso dar um passo atrás e comentar brevemente sobre o tratamento atual dado ao tema do desequilíbrio no Brasil.

A relevância deste trabalho será mais bem observada diante de uma investigação sucinta do tratamento dado pelo ordenamento brasileiro às situações de desequilíbrio, especialmente no cenário de crise atual gerado pela pandemia; e, mais importante, avaliando-se a possibilidade de existência de um dever legal de renegociação no Direito Privado brasileiro, decorrente da cláusula geral da boa-fé objetiva do art. 422 do Código Civil — ou seja, que independa de uma cláusula contratual.

Por este motivo, serão resumidamente elencadas as hipóteses em que existiria um dever de renegociação e algumas correntes que reconhecem ou negam sua existência no Direito Brasileiro, para concluir-se não ser possível dizer com segurança da existência de um dever legal de renegociar no ordenamento pátrio e, nesse contexto, elevar a importância da discussão acerca da previsão contratual desse dever, caso as partes contratantes desejem estar submetidas a ele.

Desde já, adverte-se que o presente trabalho não se preza a demonstrar a importância ou a conveniência da existência de cláusulas de *hardship* nos contratos em geral, mas sim a relevância de, *se* os contratantes desejarem estar submetidos a uma etapa prévia de renegociação em face do desequilíbrio, esta cláusula já estar prevista no instrumento contratual — com uma redação condizente com o procedimento que as partes desejarem, *se* elas assim desejarem.

O que se pretende investigar é, portanto, a que consequências leva a existência de uma cláusula de *hardship* em um contrato, o que configura o seu adimplemento e seu inadimplemento, e se há aspectos da redação que devem ser observados para que se chegue a determinados objetivos.

1.2 O desequilíbrio no Direito Brasileiro

Como mencionado, será destacada, inicialmente, a incerteza de contratantes privados quanto ao tratamento que poderia ser empregado pelos tribunais no caso de desequilíbrio no seu contrato — principalmente em relação à possibilidade de estarem ou não submetidos à repactuação das prestações.

Para ilustrar a situação, destaca-se que o Código Civil brasileiro trata a matéria em alguns de seus dispositivos, notadamente nos arts. 317 e 478 e ss. Para parte da doutrina, o art. 317 seria aplicável meramente a hipóteses em que há variação no valor monetário da prestação.¹ Isso se deveria tanto à localização do artigo no Código Civil, como ao histórico legislativo de sua aprovação.² Se se adota esse posicionamento, o âmbito de aplicação de referido artigo se restringe e não se aplicaria a diversos desequilíbrios supervenientes que podem acontecer no programa contratual. Já em relação ao art. 478 e ss., tem-se que, pela sua redação, o devedor poderia pedir apenas a resolução do contrato, ficando a cargo do credor oferecer a possibilidade de se oferecer para modificar equitativamente as condições do contrato (art. 479). Parte da doutrina se filia ao trazido expressamente nesses artigos (podendo o devedor pedir somente a resolução do contrato)³, enquanto parte entende que o devedor teria o direito de pedir ou a resolução ou a revisão do pactuado.⁴

Diante deste cenário, dependendo dos posicionamentos adotados⁵, o devedor fica sem a opção de pleitear que o contrato seja revisado, apenas resolvido, o que é objeto de críticas por parte da doutrina⁶ e incrementar-se-ia a importância de haver previsão de um dever de renegociar, para parte da doutrina.

¹ Tratando sobre o tema: MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil: do adimplemento e da extinção das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, v. 5, t. 1, p. 313; MARINHO, Josaphat. Parecer Final n. 749, de 1997. *Código Civil — Projeto de Lei da Câmara nº 118, de 1984 — Redação Final*. Brasília: Senado Federal, 1997, p. 424.

² Na tramitação legislativa, inicialmente, ele abarcava apenas a desvalorização da moeda.

³ MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Revisão contratual: onerosidade excessiva e modificação contratual equitativa*. São Paulo: Almedina, 2020.

⁴ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. *Comentários ao novo Código Civil: da extinção do contrato*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, v. 6, t. 2.

⁵ Caso se entenda que o art. 317 permite apenas a revisão do valor monetário da prestação e que o devedor poderia somente, pelo art. 478, pedir a resolução judicial do contrato.

⁶ “Sua insuficiência (da abordagem legislativa brasileira), contudo, afigura-se evidente na medida em que restringe o acesso à via do desequilíbrio contratual ao condicioná-lo à vontade exclusiva de um dos contratantes, restando ao outro o ônus de pleitear a anulação do contrato e ‘torcer’ pela oferta da contraparte. Em suma, na literalidade do Código Civil brasileiro, há uma valorização do equilíbrio contratual *ma non tropo*: sua obtenção é sempre indireta, dependente que fica da iniciativa do contratante favorecido”. SCHREIBER, Anderson. *Equilíbrio contratual e dever de renegociar*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 276.

Além disso, com base nos dispositivos acima destacados, pode ser entendido que, nos casos de desequilíbrio, a prestação jurisdicional baseia-se na mera investigação da existência ou não dos elementos necessários à rescisão do contrato com base na imprevisão, sem passar por uma análise quantitativa da onerosidade ou da extensão dos possíveis danos. Verificada a existência da onerosidade excessiva causada por fato imprevisível, o juiz determinará a rescisão do contrato, liberando o autor da obrigação que se tornou onerosa.

Quanto às alterações das condições contratuais, essas podem ser consideradas preferíveis — caso possíveis — com base no princípio da conservação do negócio jurídico, entendimento que foi adotado no enunciado nº 367 da IV Jornada de Direito Civil⁷. No entanto, no âmbito dos dispositivos legais tratados até o momento, as alterações ocorrem por iniciativa das próprias partes ou por iniciativa de uma parte — geralmente, pelo contratante desfavorecido pela alteração das circunstâncias⁸ — e imposição judicial de sua proposta à outra parte, na hipótese de o juiz considerar a proposta "equitativa". Como leciona Caio Mário, “a alteração das cláusulas de cumprimento será iniciativa do credor, que voluntariamente aquiesce em oferecer oportunidade de solução menos onerosa ao devedor, como meio de salvar a avença”⁹.

Portanto, o julgador não se incumbe da função de reestabelecer um equilíbrio, mas apenas da de pôr fim à onerosidade excessiva. Para tanto, possui dois mecanismos: a rescisão do contrato ou a imposição da proposta de uma parte à outra. Nota-se que nenhuma dessas opções engloba uma análise qualificada da extensão do desequilíbrio, nem possibilita uma efetiva e equilibrada renegociação, pois, mesmo no caso do não encerramento do contrato, o que há é uma imposição de uma solução que foi unilateralmente idealizada.

O art. 317 Código Civil é o que mais se assemelha à ideia de readequar a prestação, ao invés de resolver o contrato. No entanto, esse dispositivo foi implementado com finalidade diversa daquela a ser tratada neste trabalho, pois visava o reequilíbrio das obrigações em contratos com prestações pecuniárias e que envolvam um único pagamento. Apesar disso, é comumente buscado por civilistas como passível de uma interpretação extensiva no sentido de reequilibrar outros tipos de contrato.¹⁰

⁷ “Em observância ao princípio da conservação do contrato, nas ações que tenham por objeto a resolução do pacto por excessiva onerosidade, pode o juiz modificá-lo equitativamente, desde que ouvida a parte autora, respeitada sua vontade e observado o contraditório.” BRASIL. Conselho da Justiça Federal. IV Jornada de Direito Civil. Enunciado nº 367. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/488>>. Acesso em 07/08/2021.

⁸ SCHREIBER, Anderson. *op. cit.*, p. 276.

⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: contratos*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2013, v. 3, p. 147.

¹⁰ LOTUFO, Renan. *Código Civil comentado: obrigações: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 227. MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 249.

Porém, ainda não se pode visualizar preceitos claros na legislação e no seu emprego pelo Judiciário quanto à aplicação da efetiva repactuação de contratos no caso de desequilíbrio — seja quanto à predileção pela manutenção da relação contratual em detrimento de sua rescisão, seja quanto às regras e parâmetros exatos a serem usados no reequilíbrio nos casos em que se opte pelo caminho da manutenção do negócio.

Por fim, para encerrar o tema dos dispositivos legais que tratam do assunto, a Lei nº 14.010/2020, que ficou conhecida como a “Lei da Pandemia”, buscou instituir algumas diretrizes para o tratamento das relações jurídicas nesse período, regulando, entre outras questões, a rescisão, resolução e revisão dos contratos. No entanto, a norma tratou brevemente e pontualmente de aspectos contratuais. Basicamente, impôs efeitos não-retroativos às consequências da pandemia à execução dos contratos; determinou a descaracterização de alguns cenários como fatos imprevisíveis; e fez algumas menções ao Direito do Consumidor. A Lei nº 14.010/2020, portanto, é silente e não leva a nenhuma conclusão objetiva no que diz respeito à existência de um dever dos contratantes de renegociar contratos, mesmo em função do cenário pandêmico.

Superadas as colocações pontuais acima, a principal discussão em termos do espaço para a renegociação de contratos no ordenamento jurídico brasileiro está no debate sobre a possível existência de um dever legal de renegociação derivado da interpretação da cláusula geral de boa-fé objetiva constante do art. 422 do Código Civil.

1.3 O dever de renegociar no Direito Brasileiro

Muito se tem debatido, especialmente nos tempos atuais de crise, sobre ser ou não possível se falar em um dever de renegociar derivado da cláusula geral de boa-fé objetiva, determinada pelo art. 422 do Código Civil. Apesar de, como exposto acima, as opções legais expressas do ordenamento brasileiro se restringirem às respostas pela revisão ou pela resolução — ambas pela via judicial —, há parte da doutrina¹¹, a ser explorada a seguir, que defende ser possível interpretar que, do mesmo ordenamento, é derivado um dever de renegociação. Este dever privilegiaria a autonomia da vontade dos contratantes na busca de alternativas à revisão judicial e à resolução, contribuindo assim para a segurança jurídica e manutenção das relações no Direito Privado.¹²

¹¹ SCHREIBER, Anderson. *op. cit.*, p. 293.

¹² SAAD, Soraya; GUTINIEKI, João Otávio Bacchi. Dever de renegociar em tempos de pandemia: texto e contexto da crise nas relações contratuais. *Revista dos Tribunais*. v. 109, n, 1022, p. 59-75, dez. 2020. p. 11.

Porém, para outra parte da doutrina, que enxerga outro lado do mesmo argumento — a segurança jurídica —, o estabelecimento desse dever de renegociação, que não está expressamente previsto na legislação, faria, na verdade, prejudicar a confiança das partes naquele negócio jurídico e aumentar a sua insegurança, tendo em vista que a expectativa de um contratante ao firmar um instrumento contratual é a de que o que foi efetivamente pactuado seja tutelado, e não que seja obrigado a se submeter a um procedimento com o qual não se comprometeu.¹³

As situações em que poderia existir um dever de renegociar entre as partes seriam aquelas, a princípio, enquadradas nos arts. 317 e 478 e ss. do Código Civil, não sendo aplicável à hipótese de força maior (que torna a prestação de uma das partes impossível)¹⁴, prevista no art. 393 do Código Civil.¹⁵ São os arts. 317 e 478 e ss. que trazem, no Direito Civil Brasileiro, as situações em que uma das partes pode pedir a revisão do negócio diante de uma alteração superveniente das circunstâncias, de acordo com os requisitos previstos em cada dispositivo, conforme visto acima.

Outro ponto a ser debatido e sobre o qual não há segurança em se firmar um entendimento único é o questionamento sobre se um dever de renegociar existiria para todo e qualquer tipo de contrato ou se existira apenas para determinados tipos de relações (por exemplo, relações duradouras ou aquelas relacionais), considerando que a incidência da boa-fé é mais “intensa” a depender da relação das partes e é a cláusula geral da boa-fé que seria a base legal para se defender a existência de um dever de renegociação no Direito Brasileiro. Com base nessa vasta possibilidade de modelos de relação entre partes contratantes, é de se pensar se, ainda que se reconhecesse o dever de renegociar, ainda haveria a dúvida sobre se ele poderia ser irrestritamente aplicado a todos os contratos ou somente àqueles em que se verifica uma relação longa e de cooperação entre as partes. Nesse último caso caberia, ainda, estabelecer critérios para que se identifique quais seriam as relações contratuais que entrariam nessa categoria e estariam, portanto, sujeitas a esse tratamento.

A base da formação de um reconhecimento do dever de renegociar parte de um contexto histórico de uma gradual constatação de que a autodeterminação contratual das partes não

¹³ RENNEN, Rafael. *Novo Direito contratual: a Tutela do Equilíbrio Contratual no Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 137-138. WELTON, Nelly Maria Potter. *Revisão e Resolução dos Contratos no Código Civil Conforme Perspectiva Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 205.

¹⁴ MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil: do inadimplemento e da extinção das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. 5, t. 2, p. 285.

¹⁵ Tratando das diferenças entre situações de *hardship* e de força maior: BERNARDINI, Piero. *Hardship e force majeure*. In: BONELL, Michael; BONELLI, Franco. (coord.). *Contratti commerciali internazionali e Principi Unidroit*. Milano: Giuffrè, 1997, p. 194-214; MEDEIROS DA FONSECA, Arnaldo. *Caso fortuito ou força maior*. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 154-156.

deveria ser irrestrita. A liberdade de contratar foi, ao longo do tempo, sendo limitada pela criação de normas que impuseram um sistema de vedações e exigências para assegurar a prevalência dos interesses do bem comum sobre as pretensões individuais, impondo cláusulas implícitas aos contratos e possibilitando revisões dos acordos pelo juiz.¹⁶

Com isso, surgiu o chamado dever de colaboração entre as partes em uma relação contratual. Nesse sentido, Christian Lopes afirma que:

a razão pela qual uma pessoa procura a outra, negocia e finalmente celebra um contrato é porque acredita legitimamente que esta colaborará para seus interesses. Essa mesma cooperação que existe na fase pré-contratual deve estender-se para o cumprimento do contrato e a fase pós-contratual. Deve-se reconhecer o contrato como um vínculo de cooperação permanente.¹⁷

Para estabelecer essa lógica de cooperação, o ordenamento jurídico brasileiro se valeu da adoção dos princípios da boa-fé contratual¹⁸ e da função social do contrato, ambos estabelecidos no Código Civil. São justamente essas as cláusulas gerais que viabilizariam, para aqueles que o defendem, um fundamento legal ao dever de renegociar. No entanto, como já mencionado, a doutrina é plural no que diz respeito ao reconhecimento desse dever.

Para alguns autores, pela boa-fé são criados deveres de conduta que impõem aos contratantes a recíproca cooperação, considerando os interesses mútuos e a finalidade do contrato.¹⁹ Com esse raciocínio, entende-se que não é necessário que exista uma norma específica que estabeleça o dever de renegociar, pois ele já poderia ser deduzido da boa-fé objetiva²⁰, esta sim positivada no art. 422 do Código Civil.

Outro argumento a favor da constatação do dever de renegociar é a contribuição desse dever para o desafogamento do Judiciário, tendo em vista o estímulo às partes à resolução extrajudicial.²¹ Aqui, também, podem ser apontado alguns contrapontos, pois, para exigir de uma parte que cumpra esse dever, a parte prejudicada poderá acionar o Judiciário por múltiplos motivos, que vão da exigência do seu cumprimento à apuração de perdas e danos, e cobrança de indenizações por descumprimento do dever. Há que se citar ainda a possível diminuição dos custos transacionais com a elaboração de cláusulas de revisão extrajudicial: uma vez que esse

¹⁶ LOPES, Christian Sahb Batista. Um diálogo por uma nova teoria dos contratos. In: GOMES, Elena de Carvalho; MARX NETO, Edgard Audomar; FERES, Marcelo Andrade. (orgs.). *Estudos de Direito Privado: liber amicorum* para João Baptista Villela. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, p. 140.

¹⁷ LOPES, Christian Sahb Batista. *op. cit.*, p. 147.

¹⁸ COUTO E SILVA, Clóvis do. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p. 97.

¹⁹ NEGREIROS, Tereza. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 122-123.

²⁰ NERY JUNIOR, Nelson; SANTOS, Thiago Rodovalho. Renegociação contratual. In: *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 100, v. 906, p. 113-156, abril 2011, p. 11.

²¹ SAAD, Soraya; GUTINIEKI, João Otávio Bacchi. *op. cit.*, p. 11.

dever já seria descrito em lei, não seria necessário que os particulares o prevejam em contrato caso queiram se valer dele²², vantagem esta que poderia se perder com a previsão legal de um dever de renegociar.

Nesse contexto, há o raciocínio de que “se o contratante resistente à renegociação já pode ser compelido em juízo a aceitar a revisão do contrato, contra a sua vontade, não há razão para negar sua sujeição a um dever prévio de responder ao pleito de renegociação em sede extrajudicial”²³. O dever de renegociar representaria, nessa toada, uma limitação muito menor ao princípio do *pacta sunt servanda* do que a revisão contratual pelo juiz, como previsto no art. 478.²⁴ Seria, basicamente, a aplicação do princípio do “quem pode o mais pode o menos”, para estabelecer a existência de um dever legal de renegociação como etapa prévia ao recurso ao Poder Judiciário, por meio dos arts. 317 e 478.

Por outro lado, há uma parte da doutrina que entende que um contratante não pode exigir do outro que negocie, e nem cobrar indenização caso não o faça, caso não haja previsão expressa de tal dever no ordenamento jurídico ou no contrato celebrado pelas partes.²⁵ Ele tampouco poderia ser deduzido do art. 422 do Código Civil, pois a boa-fé ali prevista seria fonte do dever de colaborar para o adimplemento do contrato, e não para o seu refazimento. Assim, haveria um caráter finalístico e imediato da ligação entre o princípio e o adimplemento satisfativo do contrato tal qual pactuado.

Há, ainda, distinções importantes a se fazer quanto às características de cada contrato. É intuitivo pensar que, em determinadas modalidades de contratos, a imposição do dever de renegociar poderia ser benéfica, como é o caso de contratos duradouros sem vínculo de pessoalidade ou contratos associativos. Outras modalidades não parecem possuir a mesma característica colaborativa que se prolonga no tempo, como é o caso da compra e venda pontual. Nesse tipo de contrato, dificilmente a imposição legal de um dever de renegociação seria proveitosa. Para que fique mais claro, se fará uma breve conceituação sobre o recorte dos contratos analisados neste trabalho, os chamados contratos de colaboração empresária.

Estes apresentam uma variada gama e estão inseridos no contexto atual de intensa complexidade das relações econômicas. A compreensão desses contratos supõe ter presente a

²² SCHREIBER, Anderson. *op. cit.*, p. 301-302.

²³ SCHREIBER, Anderson. *op. cit.*, p. 303

²⁴ Ainda que muitos defendam que tal revisão não deva ser procedida pelo juiz, não se pode negar a opção legislativa do Código Civil, que, inclusive, menciona o termo “sentença” no referido dispositivo.

²⁵ RABELO, Sofia Miranda; MARTINS, Guilherme Vinseiro. Notas sobre o dever de renegociar nos contratos empresariais de colaboração. In: *Revista Brasileira de Direito Civil*, Belo Horizonte, v. 24, p. 43-58, abril/junho 2020, p. 55.

cadeia de circulação de mercadorias e os mecanismos voltados ao escoamento de produtos e distribuição de serviços, fundados, via de regra, na combinação de especializações profissionais e de cooperação contratual em vista de interesses comuns, pelos quais se unem esforços e estratégias para atingir este objetivo.²⁶

Com essa conceituação aberta, os contratos que se caracterizam como de colaboração interempresária podem assumir diversas formas, como a intermediação, distribuição, fornecimento de obras, serviços ou bens ligados a utilidades de infraestrutura. Exemplificativamente, seriam estes os contratos de comissão, representação comercial, concessão mercantil, franquia e distribuição e mesmo o de empreitada²⁷. São, portanto, estruturas contratuais que exigem uma forte dose de mútua colaboração.

Apesar de a colaboração e a boa-fé permearam a conduta exigida em todos os contratos para que atinjam seu fim, nos contratos de colaboração interempresária, possuem um traço mais marcante, pois seu núcleo reside na existência de uma atividade que consubstancia o objeto comum entre os “aliados” para cuja realização esses se comprometem por via de um contrato, vinculados que estão por um interesse comum a ser alcançado a partir da aliança. Seus efeitos se traduzem na “agregação e distribuição de resultados da atividade comum”, tendo tais ajustes a particularidade de fazer nascer uma “agregação” formada pelas promessas dos “aliados” e de conduzir a uma distribuição dos resultados da atividade comum. O engajamento dos contraentes está, portanto, afetado à atividade comum, em vista de um comum escopo²⁸ e de uma idêntica causa contratual, razão pela qual tarefas, responsabilidades, riscos, perdas e vantagens são efetivamente compartilhados entre os contraentes.

A imposição desse dever legal teria, ainda, outros problemas, como a previsão de todos os critérios procedimentais da negociação e consequências para o seu descumprimento, que precisariam ser rígidos para prevenir oportunismos de partes que invocam o dever apenas para protelar suas obrigações.

Haveria diversos problemas a serem endereçados pela lei, como quais seriam as consequências do descumprimento do dever — se geraria pretensão indenizatória e, caso positivo, como quantificá-la, tendo em vista que é uma indenização extremamente complexa,

²⁶ MARTINS-COSTA, Judith. *Contrato de Construção. "Contratos-aliança". interpretação contratual. cláusulas de exclusão e de limitação do dever de indenizar*. Parecer. In: Revista de Direito Civil Contemporâneo, São Paulo, v. 1/2014, p. 315 – 351, Out - Dez/2014.

²⁷ BAPTISTA, Luiz Olavo. *Contratos de Engenharia e Construção*. BAPTISTA, Luiz Olavo; ALMEIDA PRADO, Maurício. Construção e direito. São Paulo: Lex Magister, 2011. p. 17.

²⁸ MOLFESSIS, Nicolas, prefácio à HAMELIN, Jean-François. *Le contrat-alliance*. Paris: Economica, 2012. p. VI.

pois seria calculada sobre o inadimplemento de uma obrigação de melhores esforços.²⁹ Ainda, se haveria a imposição de multa ou astreintes — e, se sim, com qual fundamento legal; se o julgador poderia proceder ao refazimento do contrato, no caso de uma das partes se recusar a negociá-lo, entre outras.

Face a tantas variáveis, tanto relativas ao tipo de relação entre as partes, quanto no que diz respeito aos pormenores procedimentais da renegociação em si, não parece viável que a lei imponha uma regra geral a ser aplicada de maneira indistinta a todos os contratantes. Não há consenso nem mesmo sobre o que configuraria um contrato equilibrado, tendo em vista tantas circunstâncias pessoais, econômicas, níveis de informação e custos de oportunidade dos contratantes.

Principalmente diante de situações extraordinárias de crise, é necessário ter critérios bem definidos para a revisão contratual. Caso fossem admitidas exceções, reconhecendo, para alguns casos e com base em critérios de equidade, o dever de renegociação, uma reação em larga escala poderia ser desencadeada e levar a uma instabilidade das relações econômicas como um todo. Em cenários extraordinários, se faz necessária uma adaptabilidade ordenada dos contratos, baseada em critérios do sistema jurídico consolidado, que resguarde a segurança jurídica.³⁰

Nos contratos de colaboração interempresária definidos acima, por exemplo — considerando que a conduta colaborativa entre as partes é essencial para o fim para o qual são entabulados —, seria razoável exigir-se dessas, com base na boa-fé objetiva, transparência e cooperação desde a fase pré-contratual. Na fase de execução, o descumprimento do dever de renegociar poderia ser enquadrado na violação positiva do contrato.³¹

Com base na análise doutrinária acima exposta, denota-se que o dever de renegociação é um tema que, apesar de estar atualmente em grande evidência, ainda possui uma notável pluralidade de posicionamentos doutrinários a seu respeito. Não se vê, portanto, possibilidade de que seja alcançado um entendimento uníssono acerca do reconhecimento da existência desse dever e de sua compatibilidade com o ordenamento brasileiro. Além da divergência existente na doutrina sobre a derivação ou não do dever de renegociar da boa-fé, há diferentes visões sobre as vantagens e desvantagens de se considerar a existência deste dever.

²⁹ PEREIRA, Fábio Queiroz; ANDRADE, Daniel de Pádua. A obrigação de renegociar e as consequências de seu inadimplemento. In: *Revista dos tribunais*, São Paulo. v. 15, p. 209-237, Abr./Jun. 2018, p. 220.

³⁰ SAAD, Soraya; GUTINIEKI, João Otávio Bacchi. *op. cit.*, p. 9.

³¹ São exemplos citados por Sofia Miranda Rabelo e Guilherme Vinseiro Martins, embora ambos se mostrem receosos quanto ao reconhecimento do dever de renegociar. RABELO, Sofia Miranda; MARTINS, Guilherme Vinseiro. *op. cit.*, p. 57.

De um lado, poder-se-ia pensar, em favor do reconhecimento do dever de renegociação, que este seria um estímulo à celebração de contratos, principalmente aqueles de vínculo de cooperação duradoura, pois representaria uma solução à insegurança gerada pela impossibilidade de se prever, no início do contrato, todos os possíveis eventos que poderiam impactar a vida do contrato. Seria possível raciocinar, assim, que isso favoreceria, de forma geral, o cumprimento dos contratos, beneficiando a manutenção das relações contratuais pela busca do reequilíbrio, em detrimento de rompimentos.

Por outro lado, também é plenamente possível argumentar no sentido contrário, isto é, de que a segurança jurídica é conferida justamente pelo fato de que as partes confiam que o ordenamento atuará no sentido de proteger o que elas pactuaram quando firmaram o contrato. Há autores que solucionam a aparente contradição entre o *pacta sunt servanda* e o dever de renegociar, esclarecendo que ambos protegem a confiança gerada entre as partes na realização do negócio jurídico³², sendo que o segundo surgiria apenas para corrigir o desaparecimento ou a modificação substancial da base objetiva sobre a qual o negócio jurídico foi edificado.³³

É evidente que a conjugação dessas duas visões poderia ser convergida no estabelecimento *contratual* de um dever de renegociar, privilegiando a autonomia da vontade e protegendo as relações contratuais de ambas as ópticas: tanto a segurança de estarem submetidas a um dever que foi pactuado pelas próprias partes contratantes, quanto a defesa da manutenção da relação contratual. É aí que entra a cláusula de *hardship*, inserida em um contexto de um pacto bilateral de vontades.

A renegociação é, sem dúvidas, uma solução promissora para situações de desequilíbrio, principalmente diante de cenários de crise, nos quais as dificuldades contratuais surgidas criam situações em que ambas as partes se encontram em extrema dificuldade — e não há uma parte com dificuldade em relação a outra com vantagens. Nesse panorama, negociar é, evidentemente, uma saída recomendável. Isso não quer dizer, porém, que seria necessariamente obrigatória aos olhos do Direito Brasileiro.

Diante de tudo quanto foi exposto, na visão do presente trabalho, não é possível afirmar, atualmente, a existência de um dever legal de renegociar no ordenamento jurídico brasileiro. Entender pela sua existência, de forma geral, e ainda sem o estabelecimento de critérios para sua aplicação, poderia gerar consequências disfuncionais, que devem ser evitadas pelos operadores do Direito.

³² NERY JUNIOR, Nelson; SANTOS, Thiago Rodvalho. *op. cit.*, p. 7-8.

³³ MARASCO, Gerardo. *La rinegoziazione del contratto: strumentilegali e convenzionali a tutela dell'equilibrionegoziale*. Padova: Cedam, 2006, p. 2-4.

A boa-fé deve ser observada, assim como os deveres laterais de conduta dela decorrentes, mas dela retirar um dever legal de renegociação é não apenas ir além do que o dispositivo legal previu, mas também restringir a liberdade das partes e vulnerar a aplicação de outros princípios relevantes, como a autonomia privada, o *pacta sunt servanda* e a liberdade contratual.

A solução pela cláusula de *hardship* entra nesse momento, como uma resposta possível a contratantes que entendem que a obrigatoriedade da renegociação seria vantajosa diante de eventuais cenários de desequilíbrio, mas não podem se amparar puramente no reconhecimento legal desse dever.

Este trabalho não se presta a investigar nem a responder nenhuma das questões colocadas acima, acerca do dever legal de renegociar, mas apenas chamar atenção ao fato de que não há como se afirmar, com segurança, se há ou não há um dever das partes em renegociar um contrato, no caso de ele sofrer um desequilíbrio posterior. Portanto, caso as partes entendam que a renegociação seria benéfica em face de uma situação dessa natureza, é importante que isso seja prévia e expressamente previsto em contrato — de forma adequada, para que leve às consequências desejadas pelas partes ao inserir a cláusula, e não haja o risco de que (i) a cláusula seja meramente formal, não tendo quaisquer consequências práticas; ou, pior, (ii) que a cláusula leve a consequências práticas diversas daquelas imaginadas pelas partes ao inseri-la no contrato.

1.4 Jurisprudência

Para ir um pouco além do tratamento legal e doutrinário acerca do desequilíbrio e do dever de renegociar no Direito Brasileiro, será explorada brevemente a posição atual de alguns tribunais sobre o assunto. Como em todo o restante deste trabalho, o recorte jurisprudencial foi feito tendo como base de consulta três tribunais — Superior Tribunal de Justiça (STJ), Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG) e Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP).

Inicialmente, em relação ao desequilíbrio, em sintonia com a legislação, os tribunais, geralmente, focam suas decisões na discussão sobre o fato ser ou não previsível, ou se o risco incorrido é ou não inerente ao negócio³⁴, em detrimento de examinar a excessiva onerosidade em si.

³⁴ Exemplos: STJ. Quarta Turma. AgInt nos EDcl no AREsp 1049346/GO, rel. Min. MARCO BUZZI, j. em 19 de junho de 2018; (TJSP; Apelação Cível 1016090-56.2016.8.26.0309; Relator (a): Carlos Nunes; Órgão Julgador: 31ª Câmara de Direito Privado; Foro de Jundiaí - 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 31/07/2018; Data de Registro: 01/08/2018; TJSP; Apelação Cível 1098897-52.2014.8.26.0100; Relator (a): Maria de Lourdes Lopez Gil; Órgão Julgador: 32ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 4ª Vara Cível; Data do Julgamento: 28/09/2017;

Anteriormente ao tratamento específico da onerosidade excessiva no Código Civil, fazia-se alusão à vedação do enriquecimento sem causa para justificar a aplicação da imprevisão.³⁵ Mesmo após esse diploma, ainda podem ser encontrados julgados que usaram essa fundamentação.³⁶ No entanto, majoritariamente, a onerosidade excessiva é entendida, por si só, como um fator ensejador da revisão contratual³⁷, não sendo necessário invocar outros princípios do Direito Contratual para aplicá-la.

Em relação à ocasião da desvalorização da moeda em 1999, é possível encontrar decisões do STJ em que se chegou a conclusões opostas: tanto que essa era uma alteração previsível quanto que era imprevisível. No entanto, nas aplicações de ambos os entendimentos, não é possível encontrar decisões analisando de forma aprofundada qual foi, na prática, o impacto no contrato e quais seriam as possíveis soluções para o reequilíbrio.

Há, por exemplo, jurisprudência do STJ no caso de contratos de *leasing* que sofreram desequilíbrio superveniente naquela situação. Nesses casos, a medida tomada pela corte foi determinar a divisão, pelas partes, do percentual da correção cambial, sem qualquer alteração da cláusula de reajuste que visasse o reequilíbrio para prestações futuras:

Índice de reajuste repartido [...] equitativamente, pela metade, entre as partes contratantes, mantida a higidez legal da cláusula, decotado, tão somente, o excesso que tornava insuportável ao devedor o adimplemento da obrigação, evitando-se, de outro lado, a total transferência dos ônus ao credor, igualmente prejudicado pelo fato econômico ocorrido e também alheio à sua vontade.³⁸

Outros julgamentos relativos a essa mesma situação adotaram posicionamentos semelhantes, sem determinar a revisão de termos do contrato ou sua adequação à nova situação — ou mesmo analisar qual o efetivo desequilíbrio causado —, mas apenas dividindo equitativamente entre os contratantes os efeitos da onerosidade excessiva.³⁹

Data de Registro: 29/09/2017; TJSP; Apelação Cível 0201744-62.2008.8.26.0100; Relator (a): Sergio Alfieri; Órgão Julgador: 27ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 13ª Vara Cível; Data do Julgamento: 18/07/2017; Data de Registro: 19/07/2017; TJSP; Agravo de Instrumento 2173680-36.2016.8.26.0000; Relator (a): Artur Marques; Órgão Julgador: 35ª Câmara de Direito Privado; Foro de Guarulhos - 6ª. Vara Cível; Data do Julgamento: 21/11/2016; Data de Registro: 21/11/2016.

³⁵ TJSP, Ap Cível nº86.569-4/0, 4ª Câmara de Direito Privado, rel. Fonseca Tavares, julgamento em 12/08/1999.

³⁶ TJSP, Apelação nº 99.06.003851-8, 25ª Câmara de Direito Privado, rel. Des. Marcondes D'Angelo, julgamento em 22/10/2009.

³⁷ CARDOSO, Luiz Philipe Tavares de Azevedo. A onerosidade excessiva no Direito Civil Brasileiro. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito) — Faculdade de Direito do Largo São Francisco, Universidade de São Paulo, São Paulo. p. 25.

³⁸ REsp 472.594/SP, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Rel. p/ Acórdão Ministro Aldir Passarinho Junior, Segunda Seção, julgado em 12/02/2003, DJ 04/08/2003, p. 217.

³⁹ REsp 401.021/ES, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, Rel. p/ Acórdão Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, julgado em 17/12/2002, DJ 22/09/2003, p. 331.

Foi realizada, ainda, breve análise acerca da jurisprudência sobre como o dever de renegociar vem sendo tratado nos tribunais brasileiros durante o período de pandemia, período no qual se acredita ter havido aumento dos pleitos de renegociação perante o Judiciário, devido ao fato de que vários contratos tiveram seu equilíbrio afetado. No entanto, não é possível depreender conclusões satisfatórias, sendo pouquíssimos os julgados que efetivamente tratam do dever de renegociar, como se verá a seguir.

Foram consultados, novamente, o STJ, TJMG e TJSP, e utilizados os seguintes termos na busca: para o STJ, foi inserido apenas o termo “dever de renegociar” na busca e, para o TJMG e TJSP, foram feitas duas pesquisas: (i) com os termos “dever de renegociar” + “covid”; e (ii) com os termos “dever de renegociar” + “coronavirus”. Ainda, importa ressaltar que a pesquisa no STJ abrangeu tanto decisões monocráticas como acórdãos, ao passo que se buscou apenas acórdãos no TJMG e no TJSP.

Os resultados encontrados foram:

(i) STJ: foram localizadas 11 (onze) decisões monocráticas,⁴⁰ mas que não se enquadram no âmbito da pesquisa, em um caso porque se trata de um dever de renegociar previsto em contrato,⁴¹ em outro, porque trata da existência de um dever de renegociar previsto especificamente na Lei nº 9.138/95⁴², e, finalmente, nos 9 (nove) restantes⁴³, pois estes apenas citam uma obra que contém no título o termo “dever de renegociar”.

(ii) TJMG: foram localizados 6 (seis) resultados⁴⁴, mas também aqui nenhum se mostra relevante para a pesquisa, pois em todos os casos houve apenas breve menção a artigo doutrinário cujo título traz o termo “dever de renegociar”;

⁴⁰ Apenas para o STJ se consultou também decisões monocráticas. No TJMG e TJSP a pesquisa foi limitada a acórdãos.

⁴¹ STJ, AREsp 1237590, Min. Luis Felipe Salomão, DJe 10/04/2018.

⁴² STJ, REsp 647749, Min. Luis Felipe Salomão, DJe 17/12/2009.

⁴³ (i)STJ, REsp 1897394, Min. Luis Felipe Salomão, DJe 02/02/2021; (ii) STJ, AREsp 1701451, Min. Luis Felipe Salomão, DJe 15/12/2020; (iii)STJ, AREsp 1674378, Min. Luis Felipe Salomão, DJe 15/12/2020; (iv)STJ, AREsp 1671703, Min. Luis Felipe Salomão, DJe 15/12/2020; (v)STJ, AREsp 16667986, Min. Luis Felipe Salomão, DJe 15/12/2020; (vi)STJ, AREsp 1652569, Min. Luis Felipe Salomão, DJe 15/12/2020; (vii)STJ, AREsp 1730641, Min. Luis Felipe Salomão, DJe 12/11/2020; (viii)STJ, AREsp1728303, Min. Luis Felipe Salomão, DJe 11/11/2020; (ix)STJ, AREsp 1715425, Min. Luis Felipe Salomão, DJe 12/11/2020.

⁴⁴ Os mesmos 6 (seis) resultados foram localizados tanto na pesquisa com os termos “dever de renegociar” + “covid” como “dever de renegociar” + “coronavirus”: (i) TJMG, Agravo de Instrumento-Cv 1.0000.20.593146-2/001, Relator(a): Des.(a) Marcos Lincoln , 11ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 15/03/2021, publicação da súmula em 23/03/2021; (ii) TJMG - Agravo de Instrumento-Cv 1.0000.20.505489-3/001, Relator(a): Des.(a) Mônica Libânio , 11ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 24/02/2021, publicação da súmula em 24/02/2021; (iii)TJMG - Agravo de Instrumento-Cv 1.0000.20.596053-7/001, Relator(a): Des.(a) Mônica Libânio , 11ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 24/02/2021, publicação da súmula em 24/02/2021; (iv)TJMG - Agravo de Instrumento-Cv 1.0000.20.498779-6/001, Relator(a): Des.(a) Mônica Libânio , 11ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 03/02/2021, publicação da súmula em 04/02/2021; (v)TJMG - Agravo de Instrumento-Cv 1.0000.20.482002-1/001, Relator(a): Des.(a) Mônica Libânio , 11ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 10/12/2020, publicação da

(iii) TJSP: foram localizados 38 (trinta e oito) resultados.⁴⁵

Das 38 decisões do TJSP, apenas 1 (uma) se mostra relevante para a presente pesquisa. Em 23 (vinte e três), houve a menção de um dever de renegociar, ou em uma citação doutrinária ou em trecho de algum julgado colacionado, mas a existência de um dever de renegociar não foi discutida na decisão em si⁴⁶; em 5 (cinco) casos, foi mencionado um dever de renegociar no

súmula em 10/12/2020; (vi) TJMG - Agravo de Instrumento-Cv 1.0000.20.448917-3/002, Relator(a): Des.(a) Mônica Libânio, 11ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 10/12/0020, publicação da súmula em 10/12/2020.

⁴⁵ Com o termo de pesquisa “dever de renegociar” + “covid” foram localizados 36 (trinta e seis) resultados, e com o termo “dever de renegociar” + “coronavirus”, 28 (vinte e oito). Contudo, houve coincidência na maior parte dos resultados, totalizando 38 (trinta e oito) decisões.

⁴⁶ (i) TJSP; Apelação Cível 1120834-45.2019.8.26.0100; Relator (a): Gilberto dos Santos; Órgão Julgador: 11ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 10ª Vara Cível; Data do Julgamento: 05/12/2012; Data de Registro: 18/08/2020; (ii) TJSP; Agravo de Instrumento 2165481-83.2020.8.26.0000; Relator (a): Gilberto dos Santos; Órgão Julgador: 11ª Câmara de Direito Privado; Foro de São José do Rio Preto - 7ª Vara Cível; Data do Julgamento: 04/08/2020; Data de Registro: 04/08/2020; (iii) TJSP; Agravo de Instrumento 2138860-49.2020.8.26.0000; Relator (a): Gilberto dos Santos; Órgão Julgador: 11ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional XI - Pinheiros - 4ª Vara Cível; Data do Julgamento: 13/07/2020; Data de Registro: 13/07/2020; (iv) TJSP; Agravo de Instrumento 2127089-74.2020.8.26.0000; Relator (a): Gilberto dos Santos; Órgão Julgador: 11ª Câmara de Direito Privado; Foro de Santo André - 3ª. Vara Cível; Data do Julgamento: 06/07/2020; Data de Registro: 06/07/2020; (v) TJSP; Agravo de Instrumento 2106425-22.2020.8.26.0000; Relator (a): Gilberto dos Santos; Órgão Julgador: 11ª Câmara de Direito Privado; Foro de Americana - 3ª Vara Cível; Data do Julgamento: 26/06/2020; Data de Registro: 26/06/2020; (vi) TJSP; Embargos de Declaração Cível 2239693-12.2019.8.26.0000; Relator (a): Alexandre Lazzarini; Órgão Julgador: 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Foro Central Cível - 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais; Data do Julgamento: 14/04/2020; Data de Registro: 14/04/2020; (vii) TJSP; Embargos de Declaração Cível 2248930-70.2019.8.26.0000; Relator (a): Alexandre Lazzarini; Órgão Julgador: 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Foro Central Cível - 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais; Data do Julgamento: 14/04/2020; Data de Registro: 14/04/2020; (viii) TJSP; Embargos de Declaração Cível 2214246-22.2019.8.26.0000; Relator (a): Alexandre Lazzarini; Órgão Julgador: 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Foro Central Cível - 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais; Data do Julgamento: 14/04/2020; Data de Registro: 14/04/2020; (ix) TJSP; Agravo de Instrumento 2191555-77.2020.8.26.0000; Relator (a): Gilberto dos Santos; Órgão Julgador: 11ª Câmara de Direito Privado; Foro de São Carlos - 3ª. Vara Cível; Data do Julgamento: 24/09/2020; Data de Registro: 24/09/2020; (x) TJSP; Agravo de Instrumento 2204252-33.2020.8.26.0000; Relator (a): Gilberto dos Santos; Órgão Julgador: 11ª Câmara de Direito Privado; Foro de Sorocaba - 3ª. Vara Cível; Data do Julgamento: 14/09/2020; Data de Registro: 14/09/2020; (xi) TJSP; Apelação cível 1035578-06.2020.8.26.0002; Relator (a): Ramon Mateo Júnior; Órgão Julgador: 15ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 06/04/2021. Data da publicação: 06/04/2021; (xii) TJSP; Apelação cível ° 1000931-72.2020.8.26.0070; Relator (a): Ramon Mateo Júnior; Órgão Julgador: 15ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 19/02/2021; Data da publicação: 19/02/2021; (xiii) TJSP; Apelação cível 1009301-43.2020.8.26.0554. Relator (a): Gilberto dos Santos; Órgão Julgador: 11ª Câmara de Direito Privado. Data do julgamento: 11/02/2021; data da publicação: 22/02/2021; (xiv) TJSP; Apelação cível 1000931-72.2020.8.26.0070; Relator (a): Ramon Mateo Júnior; Órgão Julgador: 15ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 19/02/2021; Data da publicação: 19/02/2021; (xv) TJSP; Apelação cível 1005238-36.2020.8.26.0566; Relator (a): Ramon Mateo Júnior; Órgão Julgador: 15ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 09/02/2021; Data da publicação: 09/02/2021; (xvi) TJSP; Agravo de instrumento 2007405-24.2021.8.26.0000; Relator (a): Gilberto dos Santos; Órgão Julgador: 11ª Câmara de Direito Privado. Data do julgamento: 02/02/2021; data da publicação: 02/02/2021; (xvii) TJSP; Apelação Cível 1021280-22.2020.8.26.0224; Relator (a): Adilson de Araujo; Órgão Julgador: 31ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 28/01/2021. Data da publicação: 28/01/2021; (xviii) TJSP; Agravo de Instrumento 2177653-57.2020.8.26.0000; Relator (a): Francisco Occhiuto Júnior; Órgão Julgador: 32ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 14/01/2021; Data de Publicação: 14/01/2021; (xix) TJSP; Agravo de Instrumento 2240158-84.2020.8.26.0000; Relator (a): Gilberto dos Santos; Órgão Julgador: 11ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 14/12/2020; Data da publicação: 14/12/2020; (xx) TJSP; Apelação Cível 1007213-21.2020.8.26.0590; Relator (a): Gilberto dos Santos; Órgão Julgador: 11ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 04/12/2020; Data da publicação: 04/12/2020; (xxi) TJSP; Agravo de

relatório, mas que não foi abordado na fundamentação⁴⁷; 3 (três) decisões não versam sobre a pandemia, apenas mencionam que o julgamento seria virtual em virtude desta⁴⁸; em 1 (uma) houve a perda do objeto do recurso⁴⁹; e em 5 (cinco) houve, de fato, renegociação prévia ao ajuizamento da demanda.⁵⁰

Na decisão que se considerou relevante para a presente pesquisa⁵¹, discute-se a revisão de aluguel de um *buffet* infantil diante da pandemia da covid-19. Nesta, foi reconhecida, em voto vencido, a existência de um dever de renegociar, sendo até mesmo mencionado que a ausência de tentativa prévia de se renegociar seria aspecto “*desqualificador da pretensão de intervenção estatal forçada*”. Apesar disso, o voto foi no sentido que teria ocorrido uma quebra

Instrumento 2244418-10.2020.8.26.0000; Relator (a): Gilberto dos Santos; Órgão Julgador: 11ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 19/11/2020; Data da publicação: 19/11/2020; (xxii)TJSP; Agravo de Instrumento 2237847-23.2020.8.26.0000; Relator (a): Gilberto dos Santos; Órgão Julgador: 11ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 19/11/2020; Data da publicação: 19/11/2020; (xxiii)TJSP; Agravo de Instrumento 2217057-18.2020.8.26.0000; Relator (a): Gilberto dos Santos; Órgão Julgador: 11ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 27/10/2020; Data da publicação: 27/10/2020.

⁴⁷ (i)TJSP; Agravo de Instrumento 2110824-94.2020.8.26.0000; Relator (a): Renato Rangel Desinano; Órgão Julgador: 11ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional II - Santo Amaro - 12ª Vara Cível; Data do Julgamento: 02/12/2020; Data de Registro: 02/12/2020; (ii)TJSP; Agravo de Instrumento 2071107-75.2020.8.26.0000; Relator (a): Francisco Occhiuto Júnior; Órgão Julgador: 32ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional VIII - Tatuapé - 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 28/04/2020; Data de Registro: 28/04/2020; (iii) TJSP; Agravo de Instrumento 2208550-68.2020.8.26.0000; Relator (a): Ramon Mateo Júnior; Órgão Julgador: 15ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional II - Santo Amaro - 13ª Vara Cível; Data do Julgamento: 09/10/2020; Data de Registro: 09/10/2020.(iv) TJSP; Agravo de Instrumento 2282433-48.2020.8.26.0000; Relator (a) Ramon Mateo Júnior; Órgão Julgador: 15ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 16/02/2021. Data de publicação: 16/02/2021. (v) TJSP; Apelação Cível 1002262-20.2020.8.26.0481; Relator (a): Pedro Kodama. Órgão Julgador: 37ª Câmara de Direito Privado. Data do julgamento: 03/02/2021. Data da publicação: 03/02/2021.

⁴⁸ (i) TJSP; Agravo de Instrumento 2275585-79.2019.8.26.0000; Relator (a): Alexandre Lazzarini; Órgão Julgador: 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Foro Central Cível - 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais; Data do Julgamento: 03/04/2020; Data de Registro: 03/04/2020; (ii) TJSP; Embargos de Declaração Cível 2256271-50.2019.8.26.0000; Relator (a): Alexandre Lazzarini; Órgão Julgador: 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Foro Central Cível - 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais; Data do Julgamento: 03/04/2020; Data de Registro: 03/04/2020; (iii) TJSP; Embargos de Declaração Cível 2168755-89.2019.8.26.0000; Relator (a): Alexandre Lazzarini; Órgão Julgador: 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Foro Central Cível - 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais; Data do Julgamento: 03/04/2020; Data de Registro: 03/04/2020.

⁴⁹ TJSP; Agravo de Instrumento 2090540-65.2020.8.26.0000; Relator (a): Claudio Hamilton; Órgão Julgador: 25ª Câmara de Direito Privado; Foro de Embu das Artes - 1ª Vara Judicial; Data do Julgamento: 01/09/2020; Data de Registro: 01/09/2020.

⁵⁰ (i)TJSP; Agravo de Instrumento 2185619-71.2020.8.26.0000; Relator (a): Elói Estevão Troly; Órgão Julgador: 15ª Câmara de Direito Privado; Foro de Presidente Prudente - 2ª. Vara Cível; Data do Julgamento: 13/04/2021; Data de Registro: 14/04/2021; (ii)TJSP; Agravo de Instrumento 2227845-91.2020.8.26.0000; Relator (a): Enéas Costa Garcia; Órgão Julgador: 1ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 22ª Vara Cível; Data do Julgamento: 09/11/2020; Data de Registro: 09/11/2020; (iii)TJSP; Agravo de Instrumento 2158595-68.2020.8.26.0000; Relator (a): Rebello Pinho; Órgão Julgador: 20ª Câmara de Direito Privado; Foro de Diadema - 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 01/09/2020; Data de Registro: 01/09/2020; (iv) TJSP; Agravo de Instrumento 2220007-97.2020.8.26.0000; Relator (a): Gilberto dos Santos; Órgão Julgador: 11ª Câmara de Direito Privado; Foro de Santo André - 3ª. Vara Cível; Data do Julgamento: 28/09/2020; Data de Registro: 28/09/2020; (v)TJSP; Apelação Cível 1000851-70.2020.8.26.0115; Relator (a): Ricardo Pessoa de Mello Belli; Órgão Julgador: 19ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 13/10/2020; Data da publicação: 13/10/2020.

⁵¹ TJSP; Agravo de Instrumento 2146763-38.2020.8.26.0000; Relator (a): Fabio Tabosa; Órgão Julgador: 29ª Câmara de Direito Privado; Foro de Barueri - 4ª Vara Cível; Data do Julgamento: 12/08/2020; Data de Registro: 20/08/2020.

na base objetiva do negócio, que demandaria a repartição do impacto econômico desfavorável. Ou seja, mesmo tendo o voto reconhecido um dever de renegociar, também reconheceu que estariam preenchidos requisitos para uma intervenção judicial. Ressalta-se que o voto vencedor reconheceu apenas que não haveria elementos suficientes para concessão da medida cautelar naquele momento.

Com base no acima exposto, tem-se que, apesar de ser tema de alta relevância e frequentemente debatido, ainda não se pode observar uma profusão de decisões sobre a matéria, pelo menos em se tratando da pandemia da covid-19. Assim, não se pode dizer que há um entendimento majoritário ou, mesmo, que acena para uma (in)existência de um dever legal de renegociação. O voto examinado, ao mesmo tempo que reconhece esse dever e o trata como condição de procedibilidade da demanda, também analisa o mérito e reconhece uma necessidade de revisão da prestação.

A existência de um dever de renegociar, deste modo, é um tema novo, que ainda merecerá maior atenção do Judiciário Brasileiro.

Há decisões, ainda, que mencionam expressamente o art. 479 do Código Civil, já destacado acima, para justificar a manutenção dos termos do contrato, argumentando que esse dispositivo condiciona a alteração das condições à ação do réu. Assim, se o réu não propõe nenhuma mudança no contrato, também não caberia ao juiz essa iniciativa.⁵²

1.5 Comparativo com convenções internacionais e outros sistemas jurídicos

Importa, também, fazer breve análise de como a matéria do desequilíbrio é tratada em algumas convenções internacionais, bem como em alguns outros países, para que se possa ter uma visão macro das divergências existentes em âmbito global, e comparar a experiência estrangeira ao que ocorre no Brasil. Como se verá, as discussões havidas nesses outros contextos sobre o dever de renegociar derivado da boa-fé contratual não se afastam do que é discutido na experiência pátria e podem ser úteis na análise da existência de um dever de renegociar no ordenamento brasileiro. É possível observar, também nos ordenamentos jurídicos estrangeiros e convenções internacionais, que há certa divergência quanto à aplicação desse dever.

⁵² TJSP; Apelação Cível 1020742-98.2015.8.26.0003; Relator (a): Carlos Goldman; Órgão Julgador: 16ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional III - Jabaquara - 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 15/08/2017; Data de Registro: 18/08/2017.

Para essa análise foram selecionados três instrumentos, considerando a sua relevância no cenário internacional, principalmente no que diz respeito a contratos internacionais privados: (i) os Princípios Unidroit Relativos aos Contratos Comerciais Internacionais (“Princípios Unidroit”)⁵³, regras de *soft law* que buscam harmonizar o regramento de contratos comerciais internacionais; (ii) os Princípios do Direito Europeu dos Contratos (“PDEC”)⁵⁴, que também têm caráter de *soft law* e servem como referencial no comércio internacional; e, por fim, (iii) a Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias (“CISG” ou “Convenção”), ratificada por mais de 90 países, inclusive pelo Brasil⁵⁵, que regula o comércio internacional de bens entre os países que a ratificaram.⁵⁶

Já de início, é importante notar que tanto os Princípios Unidroit⁵⁷ como os PDEC⁵⁸ trazem expressamente um dever de renegociar em suas regras. Nesses, é expresso que a parte

⁵³ Disponível em: <<https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2016>>. Acesso em 11/10/2020.

⁵⁴ Disponível em:

<<http://www.transnational.deusto.es/emttl/documentos/Principles%20of%20European%20Contract%20Law.pdf>>. Acesso em 11/10/2020.

⁵⁵ A promulgação da CISG ocorreu em 16 de outubro de 2014.

⁵⁶ O escopo de aplicação da CISG é melhor definido em seu art. 1º.

⁵⁷ “ARTICLE 6.2.3 (*Effects of hardship*) (1) In case of hardship the disadvantaged party is entitled to request renegotiations. The request shall be made without undue delay and shall indicate the grounds on which it is based. (2) The request for renegotiation does not in itself entitle the disadvantaged party to withhold performance. (3) Upon failure to reach agreement within a reasonable time either party may resort to the court. (4) If the court finds hardship it may, if reasonable, (a) terminate the contract at a date and on terms to be fixed, or (b) adapt the contract with a view to restoring its equilibrium.”

ARTIGO 6.2.3 (Efeitos da *hardship*) (1) Em caso de *hardship*, a parte em desvantagem tem direito de pleitear renegociações. O pleito deverá ser feito sem atrasos indevidos e deverá indicar os fundamentos nos quais se baseia. (2) O pleito para renegociação não dá, por si só, direito à parte em desvantagem de suspender a execução. (3) À falta de acordo das partes em tempo razoável, cada uma das partes poderá recorrer ao Tribunal. (4) Caso o Tribunal considere a existência de *hardship*, poderá, se for razoável, (a) extinguir o contrato, na data e condições a serem fixadas, ou (b) adaptar o contrato com vistas a restabelecer-lhe o equilíbrio. (trad. Lauro Gama Jr.) Disponível em:

<<https://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/translations/blackletter2010-portuguese.pdf>>. Acesso em 06/02/2022.

⁵⁸ “Article 6:111 (ex art. 2:117) - *Change of Circumstances*

(1) A party is bound to fulfil its obligations even if performance has become more onerous, whether because the cost of performance has increased or because the value of the performance it receives has diminished. (2) If, however, performance of the contract becomes excessively onerous because of a change of circumstances, the parties are bound to enter into negotiations with a view to adapting the contract or terminating it, provided that: (a) the change of circumstances occurred after the time of conclusion of the contract, (b) the possibility of a change of circumstances was not one which could reasonably have been taken into account at the time of conclusion of the contract, and (c) the risk of the change of circumstances is not one which, according to the contract, the party affected should be required to bear. (3) If the parties fail to reach agreement within a reasonable period, the court may: (a) terminate the contract at a date and on terms to be determined by the court; or (b) adapt the contract in order to distribute between the parties in a just and equitable manner the losses and gains resulting from the change of circumstances. In either case, the court may award damages for the loss suffered through a party refusing to negotiate or breaking off negotiations contrary to good faith and fair dealing.”

que se encontre em situação de *hardship* tem o direito de pleitear renegociação e, apenas caso não seja possível chegar a um acordo após um prazo razoável de negociação, é que qualquer das partes pode submeter a controvérsia ao Judiciário ou à arbitragem. Similarmente, os PDEC preveem que, se uma prestação se tornar extremamente onerosa devido a uma alteração de circunstâncias, as partes devem entrar em negociação buscando ou a sua adaptação ou o seu encerramento. Apenas após um período razoável, em que não foi possível chegar a um acordo, é que a pretensão pode ser levada para as cortes. Destaca-se que estas podem condenar a parte que se recusou a negociar, ou interrompeu as negociações de maneira contrária à boa-fé, ao pagamento de indenização pelos danos sofridos pela outra parte.

É a CISG, por ser silente sobre a matéria, que gera maiores discussões. Primeiro, há dúvida até mesmo se as situações de *hardship*, que poderiam gerar um dever de renegociar, estariam ou não no escopo da Convenção. Contudo, é possível encontrar hoje, na doutrina, quem aceite que o art. 79 da CISG abrange também situações de *hardship*.⁵⁹ É tomando como base essa premissa que se questiona se, em situações de *hardship*, haveria um dever de renegociar pelas regras da Convenção.

Enquanto há aqueles contrários a esse dever, até mesmo criticando o seu uso no comércio internacional, e defendendo que a negociação deveria ser baseada na vontade das partes, não podendo ser a elas forçada por coerção⁶⁰, há outros que entendem haver um dever de renegociar no âmbito da CISG, seja pelo princípio da boa-fé, previsto no art. 7(1) da Convenção⁶¹, seja pela existência de lacuna em suas regras, que levaria à aplicação subsidiária dos Princípios Unidrot. Esta aplicação subsidiária se daria por força da necessidade de se considerar o caráter internacional da Convenção quando de sua interpretação, também conforme o art. 7(1) e o art. 7(2), e tal raciocínio foi utilizado em decisão de 2009 da Suprema

(1) Uma parte deve cumprir as suas obrigações mesmo se a prestação tenha se tornado mais onerosa, seja porque o custo de se prestar aumentou, seja porque o valor da prestação diminuiu. (2) Se, contudo, a execução do contrato tenha se tornado excessivamente onerosa devido a uma alteração das circunstâncias, as partes devem iniciar negociações com vista a adaptar o contrato ou o encerrando, desde que: (a) a alteração das circunstâncias tenha acontecido após a celebração do contrato, (b) a possibilidade de alteração das circunstâncias não poderia ter sido razoavelmente considerada no momento de celebração do contrato, e (c) o risco de alteração das circunstâncias não é um que, de acordo com o contrato, deva ser assumido pela parte afetada. (3) Se as partes não chegarem a um acordo dentro de um período razoável, a corte pode: (a) encerrar o contrato em uma data e em termos a serem determinados pela corte; ou (b) adaptar o contrato para distribuir entre as partes de uma maneira justa e equitativa as perdas e os ganhos resultantes da alteração das circunstâncias. Em qualquer caso, a corte pode conceder indenização pelas perdas sofridas devido a recusa da parte em negociar ou pela sua interrupção das negociações de forma contrária à boa-fé ou a negociações justas. (tradução livre).

⁵⁹ SCHWENZER, Ingeborg; MUÑOZ, Edgardo. Duty to renegotiate and contract adaptation in case of hardship. In: *Uniform Law Review*, v. 0, p. 1—26, 2019, p. 4-5.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 14.

⁶¹ GARRO, Alejandro. *Advisory Council Opinion No. 7: exemption of liability for damages under Article 79 of the CISG*, 2007, par. 40. Disponível em: <<https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/CISG-AC-op7.html>>. Acesso em 15/03/2022.

Corte Belga.⁶² No entanto, essa decisão foi alvo de diversas críticas pela doutrina⁶³ e, recentemente, foi editada a *Advisory Council Opinion n° 20*⁶⁴, que reforça a inexistência de um dever de renegociar na Convenção.⁶⁵

Por fim, pontua-se que há aqueles que defendam que o dever de renegociar em caso de situações de *hardship* surgiria da *Lex mercatoria* própria das contratações no comércio internacional.⁶⁶ Assim, seria uma regra quase implícita do comércio exterior e decorreria, como normalmente se defende, dos critérios de boa-fé e não precisaria, assim, ser prevista contratualmente.⁶⁷

Apesar de sucintas, as considerações acima permitem algumas conclusões. O dever de renegociar, não obstante as críticas, é expressamente previsto em alguns dos principais instrumentos de *soft law* do comércio internacional, indicando que a renegociação, em muitos casos, é vista como interessante para a manutenção das relações comerciais, principalmente em âmbito global. Mesmo em regras que não o preveem expressamente, como é o caso da CISG, são utilizadas interpretações extensivas dos princípios do Direito Internacional e do dever de agir com boa-fé para justificar a sua aplicação. Porém, vê-se que o tema é polêmico, e atual, também no contexto de convenções que regulam o comércio internacional, reforçando uma necessidade de previsibilidade em relação ao que deverá ocorrer entre as partes no caso de uma situação de desequilíbrio.

A seguir, é necessário verificar, também, algumas ilustrações no Direito Comparado a respeito do tema. O trabalho focará nos ordenamentos português, italiano, alemão e francês, que, como o brasileiro, também seguem o sistema romano-germânico, como será melhor explicado abaixo no recorte do trabalho.

⁶² Hof van Cassatie, *Scafom International BV vs. Lorraine Tubes S.A.S.*, 19 de junho de 2009. Disponível em: <<https://cisgw3.law.pace.edu/cases/090619b1.html>>. Acesso em 30/06/2022.

⁶³ VENEZIANO, Anna. UNIDROIT Principles and CISG: change of circumstances and duty to renegotiate according to the Belgian Supreme Court. In: *Uniform Law Review*, v. 15, Issue 1, p. 137—149, January 2010. E, mesmo antes da decisão, parte da doutrina já defendia a impossibilidade da aplicação subsidiária dos Princípios Unidroit à CISG em caso de *hardship*, conforme SLATER, Scott. Overcome by hardship: the inapplicability of the UNIDROIT Principles' Hardship Provisions to CISG. In: *Florida Journal of International Law*, v. 14, Issue 2, p. 231-262, Summer 1998.

⁶⁴ As Advisory Council Opinions são editadas para uniformizar a interpretação da CISG.

⁶⁵ MUÑOZ, Edgardo. *Advisory Council Opinion No. 20: hardship under the CISG*, 2020. Disponível em: <http://cisgac.com/file/repository/Opinion_No_20_CISG_and_Hardship_Official_.pdf>. Acesso em 25/02/2022.

⁶⁶ BRITO, Maria Lúcia Pereira de. *Da alteração das circunstâncias à cláusula de hardship: a emergência do princípio geral da renegociação dos contratos*. Dissertação (Mestrado em Direito) — Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2013, p. 121.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 119.

Similarmente ao que ocorre no Brasil, aqueles que defendem existir um dever legal de renegociação costumam se apoiar no princípio de boa-fé, para construir que haveria um dever de cooperação das partes em manter o equilíbrio original do contrato.

No contexto português, em que não há regramento expresso acerca do dever de renegociar, Diogo Gonçalves defende que, assim como as partes têm a liberdade de celebrar pactos até mesmo desequilibrados, elas têm responsabilidade pelo equilíbrio contratual originário.⁶⁸ Assim, não haveria que se falar que, diante das alterações das circunstâncias, as partes teriam um dever de renegociar um novo equilíbrio, mas apenas de conservar o equilíbrio original.⁶⁹ Gonçalves ressalta, contudo, que referido dever não se aplicaria indistintamente a todos os contratos, devendo ser ponderadas as particularidades de cada relação.⁷⁰ Para alguns, ainda, tendo-se em consideração que o princípio de renegociação decorreria expressamente do princípio da boa-fé, não haveria nem mesmo a necessidade de positivá-lo no ordenamento.⁷¹

Em complemento, Catarina Monteiro Pires entende que tal dever poderia ser decorrente do princípio da boa-fé, mas que seria apenas uma obrigação de meio, ou seja, um dever de participar no procedimento de negociação.⁷² As consequências da recusa de negociar, ou da adoção de comportamentos contrários à boa-fé no curso das negociações, deveriam ser conciliadas com o disposto no art. 437 do Código Civil português⁷³, que trata da alteração das circunstâncias. É também citando o art. 437, que Paula Costa e Silva e Judith Martins-Costa aduzem que, apesar de possuírem fundadas dúvidas acerca da existência de um dever legal de renegociar tanto no Brasil como em Portugal, neste as possibilidades de se defender esse dever seriam maiores diante do art. 437, que traz cláusula geral de adaptação do contrato diante de alteração das circunstâncias.⁷⁴

Já no contexto italiano, a teoria do dever de renegociar surgiu por influência de princípios internacionais, como o PDEC e os Princípios Unidroit⁷⁵, e também da doutrina

⁶⁸ GONÇALVES, Diogo Costa. Crise e renegociação dos contratos no Direito Português e Brasileiro: algumas reflexões. In: *Revista da Faculdade de Direito de Lisboa*, v. 61, n. 1, p. 149-185, 2020, p. 180.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 181.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 183.

⁷¹ BRITO, Maria Lúcia Pereira de. *op. cit.*, p. 124

⁷² PIRES, Catarina Monteiro. Efeitos da alteração das circunstâncias. In: *O Direito*, ano 145, v. I e II, p. 181-206, 2013, p. 204.

⁷³ Disponível em:

http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?ficha=401&artigo_id=&nid=775&pagina=5&tabela=leis&nversao=&so_miolo=>. Acesso em 29/09/2021.

⁷⁴ MARTINS-COSTA, Judith; COSTA E SILVA, Paula. *Crise e perturbações no cumprimento da prestação: estudos de Direito Comparado luso-brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2020, p. 318.

⁷⁵ SERRAIOTO, Camilla. L'obbligo di rinegoziare il contratto divenuto squilibrato: l'influenza della buona fede, dell'art. 2 Cost. Italiana e del diritto dell'Unione Europea. Analisi di recenti ipotesi applicative. In: *Lex Social*, v. 7, n. 1, p. 531-554, 2017, p. 534.

alemã, e ganhou destaque pelo desconforto diante da opção legislativa adotada pelo Código Civil italiano com a verificação da onerosidade excessiva: a resolução do contrato.⁷⁶ Assim, o dever de renegociar surgiria como um remédio alternativo para a manutenção do contrato, ao invés do remédio tradicional de sua resolução.⁷⁷

Na Itália, esse dever igualmente surgiria não só como fruto dos princípios da boa-fé⁷⁸, mas também da solidariedade contratual que equilibra os interesses opostos do credor e do devedor diante da situação de onerosidade excessiva.⁷⁹ Mas, diante das incertezas em se basear um dever de renegociar nesses princípios, recentemente o Parlamento italiano autorizou o executivo, por delegação, a modificar o Código Civil italiano para acrescentar regra sobre referido dever.⁸⁰

Na Alemanha, parte significativa da doutrina entende não haver um dever de renegociação com base na cláusula geral de boa-fé⁸¹, contudo, o cenário era outro antes da reforma do Código Civil alemão, o *Bürgerliches Gesetzbuch* (“BGB”), em 2002. Diante de ausência de norma específica sobre a resolução ou modificação do contrato diante das perturbações na prestação, defendia-se que o §242 (boa-fé) previa um dever legal de renegociação.⁸² Com a reforma e a inserção do §313, que trata da perturbação da base do negócio, parte significativa da doutrina entendeu que não havia mais espaço para se defender um dever legal de renegociação.⁸³

No entanto, apesar de haver o entendimento de que o §313 permitiria à parte prejudicada o ajuizamento de demanda sem negociações prévias⁸⁴, também há aqueles que defendem que, mesmo nas demandas ajuizadas com base no §313, a negociação deveria ser um pré-requisito para tanto, com base no §242.⁸⁵

⁷⁶ GAMBINO, Francesco. Il rinegoziare delle parti e i poteri del giudice. In: *Juscivile*, v. IV, p. 397-402, 2019, p. 397.

⁷⁷ SERRAIOTO, Camilla. *op. cit.*, p. 535.

⁷⁸ *Ibidem.*, p. 552; PIRES, Catarina Monteiro. *op. cit.*, p. 200

⁷⁹ SERRAIOTO, Camilla. *op. cit.*, p. 553.

⁸⁰ MARTINS-COSTA, Judith; COSTA E SILVA, Paula. *op. cit.*, p. 317. Mais informações podem ser acessadas aqui: <<http://www.senato.it/leg/18/BGT/Schede/Ddliter/51488.htm>>. Acesso em 02/09/2021.

⁸¹ PIRES, Catarina Monteiro. *op. cit.*, p. 198-199.

⁸² *Loc. cit.*. O BGB pode ser consultado aqui: <https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/>. Acesso em 02/09/2021.

⁸³ PIRES, Catarina Monteiro. *op. cit.*, p. 199.

⁸⁴ BRUNNER, Christoph. *Force majeure and hardship under eneral contract principles: exemption for non-performance in international arbitration*. The Hague: Kluwer Law International, 2008, p. 481.

⁸⁵ SCHLECHTRIEN, Peter. The German act to modernize the law of obligations in the context of common principles and structures of the law of obligations in Europe. In: *Oxford University Comparative Law Forum*, 2002. Disponível em: <<https://ouclf.law.ox.ac.uk/the-german-act-to-modernize-the-law-of-obligations-in-the-context-of-common-principles-and-structures-of-the-law-of-obligations-in-europe/#fn53anc>>. Acesso em 03/06/2022.

Por fim, a reforma do Código Civil francês de 2016 parece ter pacificado a questão, fixando que não haveria um dever legal de renegociar naquele ordenamento. Antes, no conhecido Caso Huard, já havia sido decidido que a parte que, beneficiando-se do desequilíbrio econômico do contrato se recusar a negociar a prestação com a outra parte, estaria agindo de maneira contrária à boa-fé.⁸⁶

A reforma do Código Civil francês acresceu o art. 1.195, que prevê que a parte afetada por uma alteração de circunstâncias imprevisível, que torne a sua prestação extremamente onerosa, pode demandar uma renegociação do contrato. Contudo, referido artigo traz também a possibilidade de recusa da renegociação.⁸⁷ Assim, não haveria uma imposição para que, verificado o desequilíbrio, as partes participem de procedimento de negociação, buscando reequilibrá-lo.

Como visto acima, a existência de um dever legal de renegociar é matéria controversa não apenas no Direito Brasileiro, mas também em outros ordenamentos para os quais a boa-fé é a base para a derivação de diversos deveres. Assim, mais uma vez vê-se a relevância de conferir-se maior previsibilidade às partes contratantes sobre ao que estarão submetidas no caso de um desequilíbrio posterior. Se os procedimentos forem previstos em contrato previamente, talvez a chance de os contratantes se encontrarem diante de um procedimento que não escolheram possa ser reduzida. É essa a possibilidade que o presente trabalho busca investigar adiante.

⁸⁶ Caso Huard. Cour de Cassation, Chambre commerciale, du 3 novembre 1992. Disponível em: <<https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007029915/>>. Acesso em 02/02/2022. Comentando a decisão: ASFAR-CAZENAVER, Carolina. Le nouveau droit français des contrats. In: *Revue Juridique Thémis de l'Université de Montréal*, v. 49, n. 1, p. 717-755, 2015, p. 735.

⁸⁷ “Art. 1195. Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation. En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. A défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe.” Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000032041302>. Acesso em 04/05/2021.

Art. 1195. Se uma alteração das circunstâncias imprevisível no momento da celebração do contrato tornar a execução excessivamente onerosa para uma parte que não concordou em assumir o seu risco, esta pode solicitar a renegociação do contrato ao seu co-contratante. A parte deverá continuar a cumprir as suas obrigações durante a renegociação.

Em caso de recusa ou insucesso da renegociação, as partes podem acordar pela resolução do contrato, na data e nas condições que determinarem, ou solicitar ao juiz, de comum acordo, que proceda à sua adaptação. Na falta de acordo em prazo razoável, o juiz pode, a requerimento de uma das partes, revisar o contrato ou encerrá-lo, na data e nas condições em que fixar. (tradução livre)

1.6 Breves considerações sobre a Lei da Liberdade Econômica

Ponto relevante para a discussão acerca da existência do dever de renegociar e que tem sido pouco abordado pela doutrina é a Lei de Liberdade Econômica e as alterações por ela trazidas nos parâmetros de interpretação dos negócios jurídicos, bem como nos limites à revisão judicial dos termos contratados pelas partes.

O cenário de estagnação econômica existente no país, aliado à excessiva intervenção estatal nas relações privadas, geraram um ambiente de insegurança jurídica e de diminuição de investimentos nos últimos anos. Tal cenário foi o plano de fundo sobre o qual se desenvolveram as primeiras ideias da chamada “Lei da Liberdade Econômica” (Lei nº 13.874/2019), que teve como mote a reafirmação da liberdade e da autonomia privada como regras e a excepcionalidade da intervenção estatal nas relações jurídicas de Direito Privado.

A intenção da lei foi de valorizar a autonomia das partes nas relações jurídicas privadas, estimulando o empreendedorismo e a livre iniciativa. Tal intenção fica evidente na análise da exposição de motivos da MP nº 881/2019, que deu origem ao diploma legislativo, cujo inciso V prevê que se presumem de boa-fé os atos praticados no exercício da atividade econômica, devendo os casos de dúvida serem resolvidos no sentido que mais preserva a autonomia da vontade das partes. Ainda, a MP legisla que a liberdade impera, que a restrição é exceção e que a interpretação dos dispositivos deve ser feita da forma menos restritiva possível, privilegiando a liberdade e aumentando a segurança jurídica e os pressupostos democráticos.

Várias foram as modificações promovidas pela “Lei de Liberdade Econômica” no Código Civil brasileiro, entre as mais relevantes para o tema ora em comento destacam-se: (i) a inclusão do parágrafo único no art. 421, dispondo que: “nas relações contratuais privadas prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual”; e (ii) a inclusão do art. 421-A, que prevê, no *caput*, que “os contratos civis e empresariais presumem-se paritários e simétricos até a presença de elementos concretos que justifiquem o afastamento dessa presunção” e que nos incisos I, II e III estabelece que as partes podem estabelecer parâmetros de interpretação das cláusulas negociais, bem como seus pressupostos de revisão ou de resolução, que a alocação de riscos definida pelas partes deve ser observada e que a revisão contratual somente ocorrerá de maneira excepcional e limitada.

Percebe-se que o novo diploma normativo teve por objetivo retomar valores e princípios contratuais clássicos, em especial o da liberdade contratual e o do *pacta sunt servanda*, que estavam de alguma forma esquecidos pelos juristas em razão do fascínio gerado pela doutrina

solidarista e pelos chamados “novos princípios contratuais”, como o da boa-fé e do equilíbrio contratual, supostos justificadores do dever legal de renegociar abordado no presente trabalho.

Sem realizar juízos de valor sobre as modificações, a retomada do entendimento clássico, em oposição à concepção exclusivamente solidarista, aparenta ser medida necessária aos objetivos trazidos na Lei, quais sejam, os de estimular a iniciativa privada e garantir segurança jurídica às relações negociais, privilegiando o que as partes efetivamente pactuaram, em detrimento do que o Estado-juiz acha que o contrato deveria ter previsto. Retoma-se, enfim, o entendimento de que a primeira fonte de justiça contratual é a própria vontade das partes.

Diante de tais premissas, observando-se o cenário em que a lei foi pensada e os objetivos para os quais houve, efetivamente, a sua promulgação, parece que o estabelecimento de um dever legal de renegociar, decorrente da cláusula geral de boa-fé objetiva, é contrário às ideias de liberdade contratual e de autonomia privada que o novo diploma normativo buscou reforçar. A criação de um dever legal de renegociar, supostamente decorrente do art. 422 do Código Civil, é contrário a tal liberdade.

Enquanto isso, o estabelecimento de cláusulas de *hardship* nos contratos celebrados tem, verdadeiramente, o intuito de retomar a autonomia privada das partes, fazendo com que elas possam rever o que celebraram antes de ter que levar a questão a conhecimento do Judiciário. Assim, se o objetivo das partes contratantes é que elas estejam submetidas a um dever de renegociação no caso de *hardship* posterior, elas podem, agora um pouco mais amparadas pelo ordenamento, por sua vontade, prever um instrumento contratual capaz de levá-las à renegociação diante de alterações no equilíbrio do contrato.

Outra coisa, bastante diversa e que, após a promulgação da Lei da Liberdade Econômica, perde força, seria se dizer que as partes, por decorrência de seu dever legal de boa-fé, são obrigadas a passar por uma etapa prévia de negociação todas as vezes que quiserem modificar os termos pactuados, antes de recorrer ao Poder Judiciário requerendo a revisão ou resolução contratual.

Não se nega que é usualmente melhor e mais interessante para as próprias partes que a solução para o desequilíbrio contratual seja pela via negocial. Não se nega, igualmente, que o princípio da boa-fé cria deveres laterais importantes e que devem ser observados nas relações jurídicas privadas, como o de informação, de cooperação e de lealdade. Todavia, enxergar na previsão da boa-fé objetiva um dever legal de renegociar o contrato desequilibrado é dar a esse princípio uma dimensão que ele não possui.

Assim, se o interesse das partes for efetivamente se sujeitar a uma etapa prévia, necessária ao exercício do direito de revisão ou resolução do contrato, o ideal é que formalizem

essa previsão nos próprios termos do contrato. Essa convenção reforçará a segurança jurídica das relações negociais, eis que é conferida justamente pela confiança que as partes podem ter de que o que pactuaram será protegido pelo ordenamento jurídico.

A análise sobre os efeitos da cláusula mostra-se sobremaneira importante no contexto de pandemia vivenciado atualmente. O cenário que se apresenta aos juristas neste momento requer uma análise ainda mais criteriosa das razões trazidas pelas partes para a renegociação, sob pena de fragilizar a segurança jurídica e o cumprimento dos contratos firmados, em prol do estabelecimento de dever de renegociar quaisquer contratos afetados.

Em razão da pandemia, é bem possível que seja necessária a renegociação contratual para manter o pacto, todavia, não se pode perder de vista que tal renegociação deve ser encarada como uma faculdade das partes e não como um dever a elas imposto pelo Judiciário no intuito de tornar o cumprimento da prestação supostamente mais justo para a parte afetada.

A renegociação é um exercício autêntico de autonomia privada das partes, que, portanto, merece ser vista como opção, que pode ou não ser exercida por elas. É claro que é necessário que se proceda conforme os ditames da boa-fé ao longo de toda a execução do contrato, assim como nas fases pré e pós-contratual. É preciso ter em mente que a boa-fé não é o único princípio que merece ser observado, a autonomia privada, a liberdade contratual e o *pacta sunt servanda* são igualmente importantes para a manutenção do equilíbrio e para a conservação dos contratos, e sua importância foi, inclusive, reforçada pela Lei de Liberdade Econômica.

1.7 Recorte do trabalho: cláusulas de *hardship* em contratos empresariais

Como se nota, há evidente relevância em se colocar a cláusula de *hardship* em foco como parte importante dos estudos em Direito Contratual.

Há, em relação a ela, inúmeros pontos de discussão a serem levantados, especialmente no que diz respeito a quais seriam seus efeitos em termos de suspender a jurisdição estatal ou arbitral; quais os meios possíveis para sua imposição; quando ficaria comprovado que a negociação foi frustrada, no caso de não haver estipulação de tempo mínimo; se, havendo a cláusula, a parte prejudicada pela onerosidade excessiva ficaria impedida de pleitear a resolução do contrato; como se poderia comprovar que uma das partes deu causa à frustração da negociação e quais seriam as consequências em termos de responsabilidade; qual seria a eficácia da cláusula no caso de, inobstante terem disposto sobre o dever de renegociação, as partes o fizeram de forma genérica e sem critérios objetivos; quais seriam as vantagens e a

eficácia de se impor às partes um procedimento que é, por natureza, voluntário; e se, em eventual litígio, a existência da cláusula confere ao julgador poder e diretrizes para revisar o contrato, em detrimento de encerrá-lo, como é sugerido por Judith Martins-Costa⁸⁸. São estas as principais questões que este trabalho buscará tratar adiante.

Para tanto, fez-se um recorte no objeto de estudo, que optou por abarcar apenas os contratos empresariais. Isso porque a paridade presumida nos contratos dessa natureza é importante para esta análise, na medida em que a cláusula aqui tratada advém justamente de uma externalização da vontade das partes, que convém, nesse momento, analisar sob uma perspectiva voltada para a proteção da autonomia privada e promoção do mercado, fato social no qual ocorrem as relações econômicas, em lugar de uma hermenêutica que privilegia a promoção da pessoa humana, como é o caso da ótica civilista.⁸⁹

Para que se analise os efeitos de uma cláusula voltada, pelo menos a princípio, à manutenção da relação contratual, é importante que se faça uma análise voltada para um ambiente que, ao priorizar a vontade dos contratantes e presumir que são partes paritárias, contribui — ou ao menos almeja contribuir — para a sustentação dos pilares da segurança, da estabilidade e da confiança. Nota-se que, confirmando esse entendimento, o Enunciado 21 da I Jornada de Direito Comercial organizada pelo Conselho de Justiça Federal, recomenda que seja evitada a revisão dos contratos empresariais: “Nos contratos empresariais, o dirigismo contratual deve ser mitigado, tendo em vista a simetria natural das relações interempresariais”.

Nesse sentido, é possível entender que ao *pacta sunt servanda* é dada maior importância no Direito Empresarial do que no Direito Civil, uma vez que “a revisão judicial dos contratos empresariais pode trazer instabilidade jurídica, insegurança ao ambiente econômico, acarretando mais custos de transação para as partes negociarem e fazerem cumprir o pacto”⁹⁰.

Portanto, é possível concluir que, nos contratos empresariais, há uma simetria natural entre as partes contratantes, mostrando-se clara preferência pela intenção comum dos contratantes para dar o devido grau de segurança e previsibilidade ao ambiente negocial, sendo esse o contexto mais adequado para o estudo a que se propõe este trabalho — a verificação dos parâmetros e possibilidades de aplicação e execução de uma cláusula que, apesar de eleita e

⁸⁸ MARTINS-COSTA, Judith. A teoria da imprevisão e a incidência dos planos econômicos governamentais na relação contratual. In: *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 670, Ago./1990, p. 9.

⁸⁹ GONTIJO, José Francisco Rodrigues; VIDIGAL, Flávio Augusto Marinho. A dicotomia entre os contratos civis e empresariais. In: *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 98, Mar-Abr./2019, p. 13.

⁹⁰ TIMM, Luciano Benetti. *O novo Direito Civil: ensaios sobre o mercado, a privatização do Direito Civil e a privatização do Direito Público*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 68.

inserida em um contrato paritário e derivado da autonomia das partes, as obriga a se submeter novamente a um processo negocial.

2 DEFINIÇÃO, NATUREZA E EFEITOS DA CLÁUSULA DE *HARDSHIP*

2.1 Definição

Demonstrada a relevância do tema da utilização da cláusula de *hardship* nos contratos empresariais, o recorte do projeto será a exploração de quais os seus efeitos práticos, incluindo a investigação de qual o tratamento dado a ela pela doutrina e pela jurisprudência brasileiras, e em alguns exemplos selecionados do Direito Comparado, para que se possa validar os pressupostos acima tratados e verificar se há um real ganho de efetividade com o emprego dessas cláusulas nos contratos; bem como se existem formas de garantir seu cumprimento, tendo em vista a natureza, a princípio, voluntária da renegociação de obrigações. Isso porque, como se verá, o entendimento a respeito ainda não é pacífico, o que proporciona ao presente estudo um vasto campo de exploração.

Inicialmente, o tema será abordado em seu aspecto mais conceitual: o que é, em suma, a cláusula de *hardship*? Além disso, qual seria o interesse e o meio adequado para se impor às partes um procedimento que, por natureza, depende da sua vontade?

A autorização para revisar ou extinguir um contrato em razão da alteração da realidade após a sua celebração pode decorrer, como visto no capítulo anterior, de fontes legais, ou, como será tratado a partir deste capítulo, da fonte negocial — que se apresenta muito mais rica e variada, por derivar da autonomia privada e produzir modelos jurídicos próprios.⁹¹

Nesses modelos jurídicos criados pelos próprios contratantes, estes podem prever algumas fórmulas para que o pacto se adeque, no tempo, às alterações da realidade que venham a surgir, buscando, assim, que o instrumento se adapte às novas necessidades impostas pelo novo cenário. Estas fórmulas podem ter, basicamente, três modelos distintos: cláusulas de readaptação automática (como, por exemplo, previsões de reajuste automático de preço vinculadas a atos das partes); cláusulas de readaptação semiautomática (como cláusulas de alinhamento, vinculadas à apresentação de ofertas de terceiros); e as cláusulas não-automáticas, que impõem, diante de um acontecimento superveniente, a obrigação das partes em renegociar as prestações que podem ter sofrido desequilíbrio, almejando-se, com isto, alcançar novamente o equilíbrio do contrato.⁹²

⁹¹ MARTINS-COSTA, Judith. A cláusula de *hardship* e a obrigação de renegociar nos contratos de longa duração. In: *Revista de Arbitragem e Mediação*, ano 7, n. 25, p. 4-31, abril/2010, p. 2.

⁹² *Loc. cit.*

Esta última hipótese é justamente o que define uma cláusula contratual como “cláusula de *hardship*”, que será o objeto deste estudo. O instrumento contratual em estudo pode, assim, ser definido como uma cláusula cuja eficácia traduz-se na provocação de uma alteração no contrato, realizada pelas próprias partes contratantes por meio da renegociação.⁹³

Assim, de início, nota-se que, para que se possa pensar em um dever de renegociação contratual, deve-se ter três elementos: um contrato; uma cláusula nesse contrato que preveja uma determinada conduta das partes no caso de desequilíbrio superveniente; e um evento superveniente que alterou o seu equilíbrio original. Quanto à cláusula, pode ser questionado se em qualquer tipo de redação haveria o dever de renegociar das partes com as mesmas características. E, quanto ao evento superveniente, se qualquer evento ou desequilíbrio seria suficiente para configurar tal dever.

Aqui, é importante frisar, fala-se na ocorrência de um evento superveniente que tenha tornado a prestação desequilibrada ou extremamente onerosa, mas não impossível. Caso contrário, não faria sentido se renegociar o cumprimento de um contrato que não poderá mais ser cumprido por uma das partes. Como exemplo, cita-se a perda da coisa certa que seria devida à outra parte. Se esta se perdeu, não há um desequilíbrio, e sim impossibilidade, não havendo que se falar em uma renegociação dos termos contratuais para “reequilibrar” o contrato.

Outro ponto de relevante destaque é a diferença entre renegociação e revisão. Aquela se traduz na atividade de propor regras que atendam aos mútuos interesses dos contratantes e, se for exitosa, poderá levar à revisão, que, por sua vez, nascerá da autonomia privada — sendo o resultado da renegociação. Já a revisão, quando não for procedida por uma negociação, mas imposta por juiz ou árbitro, deve se ater aos limites da lei civil, que é restrita quanto às hipóteses de utilização desse recurso.⁹⁴

Pelo fato de o Código Civil ser restrito quanto à revisão e prever que ela deve ser feita em caráter excepcional⁹⁵, não seria possível interpretar, pelo menos não de forma categórica, como visto na introdução deste trabalho, que ele impõe o dever de renegociar, mas apenas que esse dever existe quando pactuado por cláusulas de adaptação do contrato às circunstâncias.⁹⁶

⁹³ COSTA, José A. F.; NUSDEO, Ana Maria de O. As cláusulas de força maior e de *hardship* nos contratos internacionais. In: *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, ano 97, 1995, p. 76-103, p. 12.

⁹⁴ NERY JUNIOR, Nelson; SANTOS, Thiago Rodovalho. *op. cit.*, p. 10.

⁹⁵ MARTINS-COSTA, Judith. COSTA E SILVA, Paula. *Crise e perturbações no cumprimento da prestação: estudos de Direito Comparado luso-brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2020, p. 318.

⁹⁶ MARTINS-COSTA, Judith. A cláusula de *hardship* e a obrigação de renegociar nos contratos de longa duração. In: *Revista de Arbitragem e Mediação*, ano 7, n. 25, p. 4-31, abril/2010, p. 7.

Esta última hipótese, assim, não poderia ser confundida com a existência de um dever legal de renegociar.

Por fim, outro ponto de importante destaque são os tipos de contrato em que a existência da cláusula de *hardship* se mostra aplicável. Apesar de não haver um rol taxativo de tipos contratuais em que pode estar presente esse tipo de cláusula de renegociação — inclusive pelo fato de que ela deriva da vontade das partes, o que produz um número infinito de possibilidades de negócios jurídicos —, pode-se dizer que é nos chamados “contratos evolutivos”⁹⁷ que ela encontra seu campo de aplicação prática. Estes são definidos como contratos que contenham obrigações diferidas ou duradouras, sujeitas ao fenômeno da evolutividade e do dinamismo contratual e, portanto, também às adversidades específicas dessa dinâmica⁹⁸.

Com o decurso do tempo, os contratos de longa duração ficam sujeitos a múltiplos fatores, como variações climáticas, questões políticas ou ambientais, que podem impor à relação algum tipo de desequilíbrio. Por isso é que se fala em contratos evolutivos, que, de alguma forma, são mais complexos e tentem a ter uma incompletude maior, abrindo em seu texto espaço o suficiente para que, por meio de cláusulas abertas, exista uma estrutura de adaptação à realidade. É nesse tipo de relação que se pode ver, de fato, algum benefício no estabelecimento de um mecanismo de minimização dos efeitos do tempo em relação ao equilíbrio das prestações.⁹⁹ Portanto, é principalmente dos contratos evolutivos que este trabalho tratará, pois são comumente onde está inserida a cláusula que aqui se estuda — que busca dar às partes uma saída para que possam recompor o equilíbrio contratual prejudicado por um evento externo.

2.2 Natureza

Há consenso, na doutrina, sobre a admissibilidade, validade e, de certa forma, utilidade, na previsão de cláusula contratual que determine o dever de renegociar em face de determinadas

⁹⁷ MARTINS-COSTA, Judith. *op. cit.*, p. 2: “A expressão “contratos evolutivos” não diz respeito a nenhum tipo contratual. Ela é evocativa de um fenômeno atinente à arquitetura do contrato e à sua relação com o tempo, abrangendo contratos que contém obrigações diferidas e/ou duradouras, como, exemplificativamente, contratos de fornecimento de bens, prestação de serviços, distribuição, financiamento ou locação. A valência evocativa da expressão - “contratos evolutivos” - destina-se a sublinhar que tais contratos comportam problemas específicos, estranhos aos contratos instantâneos (item 2.1). A cláusula de *hardship* (item 2.2) apresenta-se, nesse quadro, como uma das técnicas pelas quais podem ser minimizados, em parte, os efeitos deletérios do tempo no equilíbrio entre prestações e contraprestações de um contrato de longa duração.”

⁹⁸ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 4. p. 277-278.

⁹⁹ MARTINS-COSTA, Judith. *op. cit.*, p. 3.

circunstâncias.¹⁰⁰ A disposição, afinal, deriva da autonomia das partes contratantes e não é objeto de proibição legal. Certo é que essas cláusulas de renegociação são instrumentos jurídicos de fonte negocial, que buscam contornar as instabilidades geradas após a celebração do contrato.¹⁰¹ As questões divergentes se relacionam, na verdade, a quais são as implicações desse tipo de previsão, a começar por qual seria a natureza da obrigação imposta pela cláusula de renegociação.

Qualificar a obrigação de renegociar como uma obrigação de resultado não parece ser o mais adequado, pois imporá às partes a necessidade de se alcançar, efetivamente, um acordo, o que levaria a um cenário esdrúxulo no qual, enquanto as partes não alcançassem um acordo definitivo, não haveria adimplemento do contrato.

Por isso, boa parte da doutrina entende que a cláusula de *hardship* não impõe o dever de reajuste, mas apenas o da renegociação de boa-fé, adstrita aos deveres laterais desta originados, introduzindo, portanto, uma obrigação de meio — cujo objeto diz respeito, tão somente, à conduta a ser adotada pelas partes diante do desequilíbrio, e não à obtenção de um resultado, que seria um acordo para o reequilíbrio do contrato.¹⁰² Não é exigido das partes, portanto, necessariamente um novo acordo de vontades.

A obrigação gerada pela cláusula de *hardship* é considerada, ainda, uma obrigação de fazer¹⁰³, representada, como exposto acima, por uma obrigação de meio. Ou seja, não haveria a obrigação, pelo dever de renegociação, de que seja aceita pela parte acionada para a renegociação a proposta da parte prejudicada. A obrigação é apenas de que a proposta seja respondida de forma satisfatória, cooperativa e em prazo razoável — assim, a parte que pleiteia o reequilíbrio teria tempo de, não sendo aceita sua proposta ou não sendo possível renegociá-la, acionar a jurisdição estatal ou arbitral em busca da correção da onerosidade excessiva. Pode-se dizer, então, que a obrigação é de que as partes firmem uma espécie de compromisso procedimental em prol de um acordo, mas que não estão obrigadas a, necessariamente, alcançá-lo.¹⁰⁴

¹⁰⁰ Cf. COSTA, José A. F.; NUSDEO, Ana Maria de O. *op. cit.*, p. 77; MOSER, Luiz Gustavo. As cláusulas de *hardship* e a quebra do paradigma da imutabilidade dos contratos. In: *Revista dos Estudantes de Direito da UNB*, Brasília, 6. ed., 2007, p. 4-31.

¹⁰¹ PEREIRA, Fábio Queiroz; ANDRADE, Daniel de Pádua. *op. cit.*, p. 3.

¹⁰² SCHREIBER, Anderson. *op. cit.*, p. 299-230. Ver também: AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *op. cit.*, p. 941. Da mesma forma é entendido na doutrina italiana. Cf. MACARIO, Francesco. *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*. Napoli: Jovene, 1996, p. 350.

¹⁰³ MARTINS-COSTA, Judith. *op. cit.*, p. 9.

¹⁰⁴ PEREIRA, Fábio Queiroz; ANDRADE, Daniel de Pádua. *op. cit.*, p. 10.

Dessa forma, uma parte só seria inadimplente em relação a esta cláusula se for provado que ela teve culpa no insucesso das negociações.¹⁰⁵ No entanto, parece extremamente complexa a tarefa de averiguar, na prática, a qual das partes poderia ser imputada a responsabilidade total pela frustração de uma negociação. Assim, este trabalho cuidará, mais adiante, de analisar a possibilidade de se empregar critérios objetivos para essa averiguação.

Necessário pontuar que há, ainda, parte da doutrina que defende que a cláusula de *hardship* gera uma dupla obrigação: ao mesmo tempo em que as partes devem entrar, de fato, em negociação — o que seria uma obrigação de resultado —, estas devem, também, discutir de maneira construtiva de modo a possibilitar uma transação — que seria, por sua vez, a obrigação de meio ensejadora de perdas e danos, no caso da adoção de uma postura na negociação que não fosse pautada na boa-fé.¹⁰⁶

É importante averiguar, porém, se a melhor forma de entender e enquadrar a cláusula de *hardship* em sua natureza não seria mesmo reconhecendo-a como ensejadora de uma obrigação de meio, que não permite uma tutela específica por parte do Poder Judiciário ou do tribunal arbitral, mas apenas a cobrança de perdas e danos no seu descumprimento. Essa parece ser a melhor forma de entender a disposição contratual, porque, caso fosse admitida a atuação do juiz em lugar das partes e uma imposição a que elas chegassem a um acordo, verificar-se-ia uma intervenção desmedida e, por vezes, desnecessária, em um espaço onde deveria imperar a autonomia da vontade.¹⁰⁷ Essas reflexões serão melhor abordadas nos tópicos seguintes.

2.3 Eventos caracterizadores do *hardship*

Importante questão a ser delimitada é quais seriam os eventos aptos a ensejar a aplicação da cláusula de *hardship*, ou seja, o que seria, efetivamente, o cenário correspondente ao *hardship* no contrato?

O termo “*hardship*” pode ser traduzido para o português como transtorno ou adversidade.¹⁰⁸ Durante algum tempo, entendeu-se que o evento que configuraria essa

¹⁰⁵ GOMES, Júlio. Cláusulas de *hardship*. In: MONTEIRO, António Pinto (coord.). *Contratos: actualidade e evolução*. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1997, p. 167.

¹⁰⁶ LABORDERIE, Anne-Sophie Lavefve. *La pérennité contractuelle*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2005, p. 125. Ver também: LEMES, Selma Ferreira. Cláusula escalonada ou combinada: mediação, conciliação e arbitragem. In: FIKELSTEIN, Cláudio; VITA, Jonathan; CASADO FILHO, Napoleão (orgs.). *Arbitragem internacional: UNIDROIT, CISG e Direito Brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 173.

¹⁰⁷ PEREIRA, Fábio Queiroz; ANDRADE, Daniel de Pádua. *op. cit.*, p. 6.

¹⁰⁸ Segundo “The Oxford English Reference Dictionary”, a expressão inglesa *hardship* pode ser compreendida por: “1. Severe suffering or privation. 2. The circumstance causing this” (PEARSALL, Judy; TRUMBLE, Bill (eds.). *The Oxford English Reference Dictionary*. New York: Oxford University Press, 1995, p. 641).

adversidade deveria ser um acontecimento imprevisível. No entanto, hoje em dia, a doutrina majoritária não entende que este seja um requisito necessário à caracterização do *hardship*.¹⁰⁹ Este deve ser apenas, pelo entendimento da doutrina, “substancial”, ou seja, causar um impacto significativo na dinâmica contratual a ponto de perturbar o equilíbrio do contrato — ainda que não seja um evento imprevisível.

As cláusulas de *hardship*, portanto, podem se aplicar tanto a circunstâncias, de fato, imprevisíveis, quanto a circunstâncias que, apesar de poderem ter sido previstas, tiveram consequências imprevistas, ou efeitos expressivos que levaram ao desequilíbrio. Em qualquer uma dessas possibilidades, vê-se um cenário de utilidade da cláusula de *hardship*, que visa justamente adaptar o contrato, de forma a atender aos mútuos interesses ali envolvidos, possibilitando aos contratantes envolvidos a configuração de um novo regime que, face às novas circunstâncias, viabilize a continuidade da relação contratual.

É por isso que não há razão para que se despenda um grande espaço neste trabalho com o debate sobre riscos do negócio, imprevisibilidade ou extraordinariedade dos eventos que ensejam a aplicação da cláusula ora discutida. A existência da cláusula por si só já denota uma vontade das partes em estabelecer um caminho possível para que a relação seja readaptada a circunstâncias novas que, de outra forma, teriam impedido por completo ou dificultado extremamente a continuidade do contrato. Na maior parte dos casos, como se verá, os contratantes estarão diante de eventos previsíveis, que estarão previstos de forma genérica no contrato e levarão ao dever de renegociar por determinação expressa, derivada da declaração de vontade deles próprios.

Assim, o *hardship* será entendido neste trabalho como a ocorrência de acontecimentos novos, que não estavam presentes no momento da contratação, e que foram capazes de afetar a conjuntura que balizou toda a relação.¹¹⁰ Assim, a natureza do acontecimento pode ter diversos gêneros, podendo ser de cunho econômico, político, natural, e tantas variedades mais. Aqui, serão considerados *hardship* todos os eventos que alterem as circunstâncias entre o momento da contratação e o da execução das obrigações e que ocasionem extrema dificuldade no cumprimento delas — ou mesmo frustrem o fim contratual que as partes almejavam.

2.4 Efeitos

¹⁰⁹ MARTINS-COSTA, Judith. *op. cit.*, p. 2.

¹¹⁰ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil*. Parte geral: negócio jurídico. Almedina, 2017, v. 2, p. 552.

A obrigação de renegociar imposta pela cláusula de *hardship* consiste em uma atribuição imposta às partes de tornar a negociar os alicerces originários do contrato, os quais sofreram significativas modificações no curso de sua execução, em função de circunstâncias alheias à sua vontade.¹¹¹

A cláusula possui, de maneira geral, quatro funções principais, que seriam (i) a busca pela preservação do equilíbrio econômico-financeiro do contrato e manutenção da relação contratual, afastando um excessivo rigor ao longo da execução do contrato que prejudique a sua perpetuidade; (ii) a apresentação de um meio para que sejam repartidos os riscos e os custos de um evento superveniente cujos efeitos sejam imprevisíveis no momento da contratação, sendo possibilitado, pela cláusula, que este ônus até então desconhecido seja repartido apenas após o momento em que as partes tenham conhecimento dele; (iii) o privilégio à manutenção do contrato em lugar da sua resolução por onerosidade excessiva — que, a princípio, não pode ser pleiteada enquanto não for cumprida a etapa prévia de negociação, como se verá abaixo —; e (iv) adaptar o que foi estabelecido pela autonomia privada dos contratantes, de modo a ajustar a relação a um formato que continue a atender aos interesses de todas as partes.¹¹²

Quando existe no contrato a previsão de um dever de renegociação em face de determinadas circunstâncias imprevisíveis, ou cujas consequências são assim consideradas, gera-se o direito subjetivo da parte que se vê prejudicada por referidas circunstâncias de exigir, antes de qualquer outra solução, a renegociação. Assim, a eficácia típica de uma cláusula de *hardship* consiste no nascimento do dever de renegociar segundo a boa-fé, sempre que ocorrido um evento que venha a ter reflexos substanciais no equilíbrio que marcou a comutatividade contratual no momento da conclusão do contrato.¹¹³

2.4.1 Suspensão da jurisdição estatal ou arbitral

Há autores que afirmam, por exemplo, que, para garantir a autonomia das partes na busca de uma solução para a onerosidade excessiva, a cláusula de *hardship* cria uma condição de procedibilidade para que as partes acionem os meios chamados heterocompositivos de solução de controvérsias.¹¹⁴ Nesse sentido, a conclusão de um processo de negociação, durante

¹¹¹ NANNI, Giovanni Ettore. A obrigação de renegociar no Direito Contratual brasileiro. In: *Revista do Advogado*, São Paulo, ano XXXII, n. 116, p. 88-97, jul. 2012, p. 89.

¹¹² MARTINS-COSTA, Judith. *op. cit.*, p. 5.

¹¹³ *Ibidem*, p. 7.

¹¹⁴ Nesse sentido, afirma Carvalho Fernandes: “Em geral situando-se no domínio do Direito privado, onde domina o princípio da autonomia; se as partes puderem celebrar validamente o negócio, não haverá, em regra, obstáculo a

tempo mínimo estipulado na cláusula, seria uma pré-condição para que qualquer das partes desse início a um procedimento judicial ou arbitral.¹¹⁵

Assim, entende-se que a não decorrência da renegociação após o surgimento da condição onerosa retira, enquanto durar o período reservado a essa negociação, a jurisdição arbitral ou estadual para dirimir o conflito. Essas jurisdições serão acionadas apenas no evento de frustração da fase negocial prevista contratualmente.¹¹⁶

Neste ponto, é proveitosa a discussão sobre as chamadas cláusulas escalonadas, cujo estudo poderá ser emprestado à presente discussão. Cláusulas escalonadas são aquelas que impõem uma combinação de métodos para solucionar um conflito, como a sua submissão à mediação e, depois, caso frustrada a mediação, à arbitragem. Há autores que entendem que estas cláusulas possuem um efeito processual, ou seja, criariam uma “condição da ação” para que a outra parte inicie um procedimento arbitral ou uma ação judicial.¹¹⁷ Nessa visão, a convenção de mediação possuiria efeitos vinculantes, pois as partes, por meio de sua autonomia, optaram por se submeter a um mecanismo consensual prévio, o que repeliria, ainda que temporariamente, o seu acesso ao mecanismo seguinte, seja ele judicial ou arbitral.¹¹⁸

A Lei nº 13.140 de 2015, conhecida como a “Lei de Mediação”, confirmou esse entendimento ao estabelecer, no seu artigo 32¹¹⁹, que o árbitro ou juiz, em face de uma previsão contratual de mediação, deverá suspender o curso da arbitragem ou da ação até o implemento dessa condição. Ou seja, a demanda não poderá prosseguir sem o cumprimento da etapa prévia da mediação, que se demonstrará cumprida se, (i) no decurso do tempo designado a ela, as partes falharem em chegar a um acordo; e se, (ii) na falta de estabelecimento de um prazo, se demonstrar que a mediação foi tentada e falhou.

Se esse é o raciocínio empregado a uma cláusula que estabelece um procedimento autocompositivo precedente ao judicial ou arbitral, entende-se que também pode ser aplicado, por uma lógica de integração, à cláusula de *hardship*, que basicamente institui a mesma

que elas próprias se vinculem a renegociá-lo, ocorridas determinadas circunstâncias.” (FERNANDES, Luís A. Carvalho. *Teoria da imprevisão no Direito Civil português*. Lisboa: Quid Juris, 2001, p. 317.)

¹¹⁵ BRUNNER, Christoph. *op. cit.*, p. 468.

¹¹⁶ MARTINS-COSTA, Judith. *op. cit.*, p. 6.

¹¹⁷ MAIA, Marina Leal Galvão. As cláusulas escalonadas no ordenamento jurídico brasileiro: breves considerações sobre as cláusulas med-arb e seus efeitos. In: *Revista Brasileira de Arbitragem*. v. XVIII, n. 72, p. 62-79, 2021.

¹¹⁸ LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. *Cláusulas escalonadas: a mediação comercial no contexto da arbitragem*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 251 e 296.

¹¹⁹ “Art. 23. Se, em previsão contratual de cláusula de mediação, as partes se comprometerem a não iniciar procedimento arbitral ou processo judicial durante certo prazo ou até o implemento de determinada condição, o árbitro ou o juiz suspenderá o curso da arbitragem ou da ação pelo prazo previamente acordado ou até o implemento dessa condição.

Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica às medidas de urgência em que o acesso ao Poder Judiciário seja necessário para evitar o perecimento de direito.”

obrigação de tentativa de composição — apenas não realizada por um terceiro neutro, como o mediador, mas, em regra, pelos próprios contratantes.

No caso de um tempo mínimo estabelecido para a renegociação, é fácil entender como e por quanto tempo duraria o bloqueio às formas heterocompositivas de resolução do conflito: enquanto durar o período designado no contrato, nenhuma das partes poderá acionar a jurisdição competente, a não ser no caso de concordância expressa da outra parte. Esta se verificaria, por exemplo, caso ambas, entendendo que a negociação não será possível, firmassem um termo de arbitragem para dar início a este procedimento; ou caso fosse firmado um termo aditivo ao contrato, no qual as partes se desobrigassem mutuamente da observância da cláusula de *hardship*, ou estabelecessem a revogação da cláusula como um todo e sua exclusão do texto do contrato.

De qualquer forma, é logicamente baixa a probabilidade de que a parte prejudicada pelo cenário de dificuldade concorde em abdicar do seu direito à renegociação do contrato e firme um termo que a dispense, passando o conflito a uma gestão terceirizada, judicial ou arbitral, que implica necessariamente em um maior desembolso de valores e recursos. Por essa razão, importa mais entender qual a forma de obrigar a parte contrária a se submeter ao procedimento de negociação, do que discorrer sobre as possibilidades de as partes se desobrigarem dele — o que pode ser feito a qualquer momento se houver consenso.

Assim, tem-se que a frustração da renegociação, ainda que não configure, necessariamente, inadimplemento da obrigação de renegociar, provavelmente servirá de fundamento para que as próximas soluções processuais (como a arbitragem ou o processo judicial), contratuais (como a multa ou a resolução) ou legais (como a resolução por onerosidade excessiva) sejam tentadas.¹²⁰ Isso de forma alguma deve ser visto como uma sanção à frustração da renegociação, mas apenas como uma sucessão natural de etapas procedimentais.

A dúvida em relação ao efeito do bloqueio da jurisdição vem quando se está diante de uma cláusula que não determinou um tempo mínimo para que fossem tentadas as negociações. Nesse cenário, como se daria o bloqueio do acesso à jurisdição? Por quanto tempo as partes ficariam impedidas de submeter um conflito a um terceiro? Na falta de uma resposta temporal subjetiva, entende-se ser possível acionar a próxima via de resolução quando ficar comprovado que a renegociação foi tentada, porém falhou. As situações em que isso pode ser comprovado serão discutidas a seguir.

¹²⁰ PEREIRA, Fábio Queiroz; ANDRADE, Daniel de Pádua. *op. cit.*, p. 10.

2.4.2 Adimplemento

O adimplemento contratual da obrigação de renegociar deve ser, em primeiro lugar, entendido de forma geral, para depois se entender o que significaria o adimplemento da obrigação de renegociar prevista na cláusula de *hardship*. De forma básica, já se conceituou o adimplemento contratual como o cumprimento exato da obrigação pelo devedor, pondo fim à relação obrigacional.¹²¹ Essa conceituação, no entanto, parece limitada e um tanto obsoleta, quando se tem em mente a complexidade das relações obrigacionais contemporâneas, cujo cumprimento vai muito além do pagamento da prestação principal.

A boa-fé objetiva, balizadora das relações contratuais atuais, impõe que a noção de adimplemento seja colocada em perspectiva, com base nas diversas nuances que pode carregar uma obrigação principal. Há novos aspectos que devem ser levados em consideração ao se analisar uma obrigação e, em cada um deles, evidenciam-se, como aduz Anderson Schreiber, “novas figuras e construções que vêm sendo vinculadas, direta ou indiretamente, à boa-fé objetiva, como o inadimplemento antecipado, a violação positiva do contrato, o adimplemento substancial e a responsabilidade pós-contratual”¹²².

Ou seja, como, atualmente, as relações se tornam cada vez mais complexas, é preciso fazer uma análise também mais profunda do adimplemento — e, por consequência, também do inadimplemento — das obrigações. Se antes a preocupação era com o cumprimento puro e simples da obrigação principal, agora, se percebe uma atenção ao cumprimento adequado não só de uma, mas de todas as obrigações geradas por uma relação contratual.¹²³ É daí que se pode pensar em uma atenção específica aos deveres anexos gerados pela boa-fé, muito relevantes quando se pensa no cumprimento de uma cláusula voltada à renegociação de um contrato.

Judith Martins-Costa define o adimplemento como o “cumprimento da prestação devida, presente a realização dos deveres derivados da boa-fé que se fizerem instrumentalmente necessários para o atendimento satisfatório do escopo da relação, em acordo ao seu fim e às circunstâncias concretas”¹²⁴. Com isso se pode inferir que o adimplemento envolve o cumprimento de deveres anexos, assim como o inadimplemento envolve a inobservância desses

¹²¹ GOMES, Orlando. *Obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 111.

¹²² SCHREIBER, Anderson. *op. cit.*, p. 7.

¹²³ MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil: do direito das obrigações, do adimplemento e da extinção das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, v. 5. t. I, p. 55.

¹²⁴ *Ibidem*, p. 96.

deveres. Esse entendimento é corroborado pelo Enunciado 24 da I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, que prescreve que:

em virtude do princípio da boa-fé, positivado no art. 422 do novo Código Civil, a violação dos deveres anexos constitui espécie de inadimplemento, independentemente de culpa”. Ou seja, observa-se que tanto o adimplemento quanto o inadimplemento passam, atualmente, por uma ampliação da sua caracterização.

Ao ser invocada, a primeira consequência gerada pela cláusula de *hardship* é que as partes serão obrigadas a se reunir. A segunda é que as negociações sejam procedidas pela boa-fé. Assim, a princípio, pode-se dizer que as partes são obrigadas a se dispor ao procedimento para a renegociação, qualquer que seja ele, e formular proposições factíveis e sérias, levando em consideração o contrato, suas bases originárias, as circunstâncias atuais e a economia contratual globalmente considerada.

É importante lembrar — novamente, porque esta é uma questão essencial a ser compreendida — que não há qualquer obrigatoriedade de que as partes cheguem a um consenso ou que aceitem a proposta formulada pela outra parte, ainda que a readequação contratual seja considerada equitativa.¹²⁵ O que existe, na verdade, é apenas a expectativa razoável de que empreendam algum esforço nesse sentido, adotando um comportamento leal e razoável, com base no princípio da boa-fé contratual objetiva.¹²⁶

A boa-fé não impõe, no entanto, que esse comportamento cooperativo seja exigido de maneira irrestrita. Às partes não se deve exigir, por exemplo, a avaliação de pedidos evidentemente descabidos ou a reavaliação de pedidos já superados, sem que tenha havido fatos novos.¹²⁷ Não se exige, em suma, que a parte beneficiada pelo *hardship* de alguma forma dispense a outra parte de obrigações cujo cumprimento tenha se tornado difícil, mas apenas que aja com honestidade e decência para, ao menos, procurar uma solução conjunta.¹²⁸

A dimensão e os limites desse esforço, porém, são pontos de difícil mensuração. Como visto acima, há autores que defendem que, apesar de sua natureza voluntária, a renegociação não é uma faculdade, mas um dever, configurando, assim, uma obrigação de fazer¹²⁹ ou uma obrigação de fim. Assim, uma vez confirmados os elementos de *hardship*, a cláusula seria

¹²⁵ MCKENDRICK, Ewan. The regulation of long-term contracts in English law. In: BEATSON, Jack; FRIEDMANN, Daniel (eds.). *Good faith and fault in contract law*. Oxford: Clarendon Press, 1997, p. 315-316.

¹²⁶ LABORDERIE, Anne-Sophie Lavefve. *op. cit.*, p. 409.

¹²⁷ BRUNNER, Christoph. *op. cit.*, p. 469.

¹²⁸ GAVAZZONI, Adriana. *A renegociação e adaptação do contrato internacional*. Curitiba: Juruá, 2006. p. 35.

¹²⁹ MARTINS-COSTA, Judith. A teoria da imprevisão e a incidência dos planos econômicos governamentais na relação contratual. In: *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 670, p. 41-48, Ago/1990, p. 9.

compulsória, obrigando a parte contrária tanto à análise de boa-fé quanto ao reajuste.¹³⁰ No entanto, essa interpretação parece um tanto rígida, e mais adequado seria considerar obrigações de fazer e de fim apenas aquelas derivadas do dever de renegociar (como propor acordos factíveis, ou comparecer às reuniões propostas), e não o dever de renegociar em si.

Anderson Schreiber, autor já mencionado acima como uma das vozes mais expressivas na doutrina brasileira pelo reconhecimento do dever de renegociar, explica que a boa-fé objetiva impõe aos contratantes um comportamento colaborativo e transparente, voltado à realização do fim contratual. Com isso, institui, a cada contratante, um padrão de conduta voltado à consideração dos interesses da outra parte — e, nessa lógica, surgem tanto o dever de avisar prontamente a contraparte acerca do desequilíbrio contratual identificado, quanto o dever de ingressar em renegociação, com vistas a obter o reequilíbrio do contrato.¹³¹

Ora, se é este o entendimento sobre o que seria uma conduta razoável das partes submetidas ao dever de renegociar por meio de uma interpretação legal, logicamente pode ser aplicado à expectativa de qual seria a conduta razoável das partes que estão contratualmente, ou seja, por vontade própria, submetidas a esse dever.

O mesmo autor pontua, para reforçar seu posicionamento, que a ordem jurídica brasileira atribui relevância ao desequilíbrio — bastaria observar os arts. 317 e 478-480 do Código Civil. Por isso, não seria razoável que um contratante que recebe do outro uma proposta de renegociação em virtude desse desequilíbrio adote a posição de meramente se silenciar, prejudicando ainda mais o contratante afetado, contribuindo para a sua insegurança e seus prejuízos.¹³²

Assim, a primeira conclusão a que se pode chegar sobre o adimplemento do dever de renegociar é que as suas premissas básicas são: por parte da parte prejudicada, que ela comunique prontamente sobre o desequilíbrio; e, em relação à contraparte, que esta, diante de uma comunicação de desequilíbrio e uma proposta de renegociação, avalie o que foi sugerido e, no mínimo, dê um retorno à outra parte. Os meios para que se chegue à renegociação devem ser observados e concretizados, sem que o resultado precise necessariamente ser o de se readequar o conteúdo contratual. As partes devem, então, estar dispostas a renegociar, comparecer às reuniões e oferecer-se para o cumprimento dos compromissos assumidos na cláusula de *hardship*.¹³³

¹³⁰ SILVEIRA, Vladimir Oliveira da. A Cláusula de *hardship* nos contratos de comércio internacional. In: *Revista Tributária e de Finanças Públicas*. v. 65, p. 243-275, Nov. – Dez. / 2005, p. 18.

¹³¹ SCHREIBER, Anderson. *op. cit.*, p. 293.

¹³² SCHREIBER, Anderson. *op. cit.*, p. 296.

¹³³ PEREIRA, Fábio Queiroz; ANDRADE, Daniel de Pádua. *op. cit.*, p. 5.

Portanto, embora se deva analisar sempre o caso concreto para entender se as partes cumpriram o seu dever de renegociar, pode-se observar alguns critérios objetivos para a verificação do cumprimento desse dever. Considera-se que a parte à qual for apresentado um pedido de renegociação não pode simplesmente se recusar a negociar ou interromper brusca e imotivadamente as renegociações. Não é razoável que a parte “beneficiada” pela alteração das circunstâncias se recuse a examinar essa alteração, tampouco que rejeite previamente os argumentos da parte lesada.¹³⁴

Para garantir uma prova da sua conduta de boa-fé, a parte interessada pode documentar que avaliou o pedido da outra parte, por exemplo, por meio de um parecer emitido por advogado externo.

Sobre essa questão, Judith Martins-Costa aduz que

“[o]s significados e as funções da boa-fé objetiva dependem da configuração da “área” ou “campo normativo” em que o princípio incide, dos bens jurídicos tutelados e demais princípios e regras também incidentes ao respectivo campo, que interagem com a boa-fé, provocando — pode-se metaforizar — um efeito de ‘combustão’”.¹³⁵

Ou seja, a boa-fé incide diferentemente a depender da relação jurídica em análise, podendo ser deduzido, aqui, que, dependendo do contrato em que a cláusula de *hardship* estiver inserida, será exigido das partes um maior ou menor comprometimento com o procedimento de renegociação.

Corroborando com esse entendimento o trabalho de Giuliana Schunck, que traz ser indispensável que o Direito Contratual contemporâneo promova a cooperação entre as partes¹³⁶, reforçando ainda que referida cooperação deve ser muito mais presente nas relações duradouras do que naquelas instantâneas ou de curto prazo.¹³⁷

De fato, o dever de cooperação imposto pela boa-fé objetiva se revela mais intenso nos contratos de colaboração interempresarial, nos quais, justamente em razão de um maior depósito de confiança de uma parte em outra e pelo viés relacional presente entre as duas partes, justifica-se o maior rigor na análise do dever de cooperação.¹³⁸

¹³⁴ BRUNNER, Christoph. *op. cit.*, p. 469.

¹³⁵ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no Direito Privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Saraiva, 2018 (*e-book*).

¹³⁶ SCHUNCK, Giuliana Bonanno. *Contratos de longo prazo e dever de cooperação*. Tese (Doutorado em Direito Civil). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 72.

¹³⁷ *Ibidem*, p. 73.

¹³⁸ *Ibidem*, p. 244.

2.4.3 Inadimplemento

Há diversas discussões a respeito de quais seriam as possíveis consequências para a parte que não respeitar a fase negocial como condição precedente do processo. Porém, é necessário entender, primeiro, qual seria o comportamento que configuraria o inadimplemento da cláusula de *hardship*. Além disso, importa entender se o descumprimento da negociação, nesse caso, equivaleria a um descumprimento absoluto ou relativo do contrato. Há alguns posicionamentos diversos sobre essa questão aos olhos da doutrina.

Como tratado no tópico acima, há uma evolução, no tempo presente, no conceito de adimplemento e inadimplemento de deveres contratuais, que leva à expansão desse conceito para considerar, também, os deveres anexos derivados das obrigações principais. Assim, se essa evolução for pensada no campo da cláusula de *hardship*, chega-se ao entendimento de que o inadimplemento pode ser verificado tanto no caso de descumprimento das obrigações autonomamente estabelecidas em contrato — como a obrigação de renegociar em si, a de submeter o conflito a um período mínimo de renegociação etc. —, quanto no caso de violação dos deveres anexos heteronomamente incidentes.¹³⁹ Esse entendimento é lecionado didaticamente por Judith Martins-Costa:

[O] inadimplemento culposos estará caracterizado não apenas pela recusa, direta ou disfarçada sob a forma de proposições inaceitáveis pela outra parte (considerados os dados objetivos da economia contratual e os subjetivos, atinentes à pessoa dos contraentes): também estará configurado se a negociação tiver ocorrido de modo discordante ao que direciona o princípio da boa-fé. [...] co-implicam-se o princípio da autonomia privada e o da boa-fé: a fonte primária do dever violado é o contrato, é dizer, a declaração negocial, ato de autonomia privada. Porém, a recusa a renegociar ou a deslealdade por ocasião das negociações importa numa concomitante violação à confiança derivada do ato de autonomia privada e à boa-fé como standard do comportamento contratual. Assim, a boa-fé é chamada não como fonte primária da obrigação de renegociar, mas como parâmetro da conduta devida no momento da execução do contrato, incluso o processo renegociatório (boa-fé *in executivis*).¹⁴⁰

Considerando estes parâmetros, o cumprimento ou inadimplemento da obrigação de renegociar será avaliado casuisticamente pelo julgador no momento em que for instaurada a controvérsia judicial ou arbitral. Como é infinita a possibilidade de situações fáticas em que um acordo não é alcançado, o grande desafio é entender se a frustração do acordo adveio da culpa de uma das partes ou se a renegociação simplesmente não foi alcançada, apesar dos esforços de

¹³⁹ PEREIRA, Fábio Queiroz; ANDRADE, Daniel de Pádua. *op. cit.*, p. 9.

¹⁴⁰ MARTINS-COSTA, Judith. A cláusula de *hardship* e a obrigação de renegociar nos contratos de longa duração. In: *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 25/2010, p. 11-39, Abr. – Jun./2010, p. 26.

boa-fé dos dois lados. É importante recordar que, assim como o adimplemento da cláusula de renegociação não equivale ao alcance, pelas partes, de um acordo de renegociação final, o inadimplemento também não é caracterizado pela simples ausência de um consenso que possibilitasse o reajustamento.¹⁴¹

O que é determinante para a verificação do cumprimento ou descumprimento do dever de renegociar, portanto, é o comportamento das partes na busca por um possível reequilíbrio. Cada atitude de cada uma das partes ao longo de todo o processo, desde a verificação de um desequilíbrio, passando pela sua comunicação à outra parte, até a instauração de procedimento de solução de conflitos, diverso àquele previsto na cláusula de renegociação, deve ser avaliada. Um dos pontos mais delicados é, por exemplo, entender se a proposta que foi rejeitada pela parte não prejudicada pelo *hardship* era adequada e razoável, levando em consideração as circunstâncias fáticas do caso.¹⁴²

Inicialmente, consideremos que, sendo a obrigação primordial gerada pela cláusula de *hardship*, conforme tratado no tópico acima, a necessidade de reunião das partes para a renegociação, a recusa da parte procurada em se fazer disponível para qualquer procedimento nesse sentido, faltando aos encontros propostos ou não respondendo aos chamados para tal, configuraria hipótese de culpa contratual.¹⁴³ Configuraria também inadimplemento se uma parte se utiliza de meios ilegítimos ou, de qualquer forma, contrários à boa-fé para obstaculizar as negociações. Quaisquer obstruções, portanto, ao dever de empreender esforços para se chegar em propostas sérias e coerentes, tanto com o histórico do contrato quanto com a situação atual, seriam hipóteses de inadimplemento. É de se questionar, nesse âmbito, a qual espécie de inadimplemento se está fazendo referência nesse caso.

De um lado, há autores que defendem que o descumprimento do dever de renegociar não poderia ter um caráter de inadimplemento absoluto ou mora, pois não configura um não cumprimento de prestação no tempo, forma e modo contratados. Em lugar disso, trata-se da chamada violação positiva do contrato — por não se tratar de inadimplemento a obrigações derivadas da vontade das partes, mas de deveres derivados de cláusula geral, o conceito de inadimplemento se expande e passa a abranger hipóteses de cumprimento defeituoso ou descumprimento de deveres anexos à boa-fé.¹⁴⁴

¹⁴¹ PEREIRA, Fábio Queiroz; ANDRADE, Daniel de Pádua. *op. cit.*, p. 10.

¹⁴² GOMES, Júlio. Cláusulas de *hardship*. In: MONTEIRO, António Pinto (coord.), *op. cit.*, p. 192.

¹⁴³ MARTINS-COSTA, Judith. *op. cit.*, p. 6. FABRE, Régis. *Les clauses d'adaptation dans les contrats*. Paris: RTDC, 1983, p. 19.

¹⁴⁴ SILVA, Jorge Cesar Ferreira. Princípios de Direito das obrigações no novo Código Civil. In SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *O Novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 99-126.

No entanto, para que seja mais bem avaliado se o descumprimento da cláusula corresponde a inadimplemento absoluto ou violação positiva do contrato, é interessante fazer uma distinção entre os possíveis comportamentos contrários à cláusula, que são diversos. Quando se trata de uma negativa em participar das negociações, podendo, nesse caso, ser observada tanto uma recusa ao comparecimento ao encontro com a outra parte, quanto um desinteresse em atender esta outra parte e considerar suas propostas, entende-se que pode se falar em inadimplemento absoluto. Todas essas hipóteses, além de configurarem inadimplemento culposo da cláusula de *hardship*, são também um inadimplemento absoluto, pois se trata de atentado à letra do contrato.

Por outro lado, é uma situação diferente quando se trata, e que é mais comum de se observar, de comportamentos mais sutis, porém igualmente contrários à boa-fé contratual. É o que se observa quando a parte que se beneficia da situação de desequilíbrio age de forma a delongar ou tornar improfícuas as negociações, por meio da apresentação de propostas que não sejam factíveis à realidade dos contraentes. Nesses casos, apesar de se estar diante, da mesma forma, de inadimplemento culposo, este não poderia mais ser visto como adimplemento absoluto do contrato, pois não atenta diretamente contra suas disposições, mas contra deveres derivados da boa-fé, que impõe um parâmetro de conduta a ser observado na execução do contrato e durante suas renegociações.

Segundo a letra do art. 394 do Código Civil, a mora é caracterizada não somente pelo atraso no cumprimento da prestação, mas pela falha em prestá-la na forma “devida”, ou seja, tal como foi acordada entre os contratantes. Haverá esta falha, portanto, se o contrato, de um lado, prevê a renegociação de boa-fé e a parte que instou a outra a entrar nessa negociação se vê diante de uma recusa injustificada da contraparte, uma protelação injustificada ou artifícios para se esquivar das propostas feitas pela parte interessada ou das reuniões pretendidas.

Nesses casos, pode-se dizer de uma situação de mora, e não de inadimplemento, pois o incumprimento — ou o cumprimento defeituoso — ainda não gerou efeitos definitivos no contrato, uma vez que a prestação ainda pode ser cumprida. Caso essa prestação perca a sua utilidade para o credor, aí então estará caracterizado o inadimplemento definitivo, como regula o art. 395, parágrafo único, do Código Civil. É nessa situação que caberá, também como preceitua o Código Civil, a resolução por inadimplemento do contrato. Em ambos os casos, também com amparo na referida lei, uma resposta possível seria entender que cabe à parte prejudicada o ressarcimento em perdas e danos, como se verá no tópico seguinte.

É importante pontuar, como já abordado brevemente, que o abuso de direito também pode ser observado do lado da parte que invoca a renegociação, ou seja, a parte prejudicada

pela situação de *hardship*. Dela se espera, com base na expectativa de cooperação gerada pela boa-fé, que continue, apesar de pleitear o reequilíbrio, a empenhar seus melhores esforços no cumprimento do contrato nos aspectos que ainda forem possíveis. Ou seja, que a renegociação não seja utilizada de forma a simplesmente protelar ou suspender o cumprimento de obrigações.¹⁴⁵ Também é importante que a parte que requer a renegociação apresente um pedido completo e detalhado indicando seus motivos e suas propostas iniciais de solução¹⁴⁶, e o faça assim que identificar a necessidade — sem usar o desequilíbrio como uma oportunidade de paralisar o contrato quando lhe convier.¹⁴⁷ Em resumo, a obrigação de renegociar não pode ser desvirtuada, com base na função limitativa da boa-fé objetiva.¹⁴⁸

2.4.4 Consequências do inadimplemento

Após frustradas as negociações, o contrato provavelmente será submetido à próxima etapa de solução do desequilíbrio, que deverá, na maior parte dos casos, ser um procedimento arbitral ou um processo judicial. Certo é que, em qualquer um dos casos, nem o árbitro nem o juiz poderão, mediante o fracasso da negociação, se colocar no lugar da parte que se recusou a proceder de boa-fé ao cumprimento da cláusula de *hardship* e realizar por ela a negociação. Isso não significa dizer que o contrato permanecerá desequilibrado diante da recusa, mas tampouco permite que o julgador substitua a parte faltosa. Quais seriam então, nesse caso, as suas possíveis condutas em resposta ao comportamento contrário a boa-fé por uma das partes?

Há, na circunstância do inadimplemento, quem defenda ser possível, como foi pontuado no tópico acima, obter tutela ressarcitória em face daquele que viola o dever de renegociação, pois surgiria dessa violação — nesse caso, considerada culposa — o dever de reparar. Isso por ser possível aplicar ao evento de descumprimento — resguardando, sempre, a análise do caso concreto — o instituto da responsabilidade civil contratual, disponível a todo aquele que sofre dano injusto em virtude de violação de dever legal.¹⁴⁹

Nessa indenização derivada da responsabilidade civil, poderão ser abrangidos tanto os danos emergentes quanto os lucros cessantes que derivarem de forma causal da recusa injustificada da parte infratora à renegociação — como garantido nos arts. 389, 393, 394, 395,

¹⁴⁵ NANNI, Giovanni Ettore. *op. cit.*, p. 96.

¹⁴⁶ BRUNNER, Christoph. *op. cit.*, p. 470.

¹⁴⁷ SCHREIBER, Anderson. Existe um dever de renegociar?: reflexões iniciais sobre as consequências do desequilíbrio contratual. In: *Revista do Advogado*, São Paulo, ano XXXVI, n. 131, p. 21-30, out. 2016, p. 30.

¹⁴⁸ LABORDERIE, Anne-Sophie Lavefve. *op. cit.*, p. 413.

¹⁴⁹ SCHREIBER, Anderson. *op. cit.*, p. 312.

e 402 a 407 do Código Civil. A autora Judith Martins-Costa defende, ainda, que, ao se calcular o montante da indenização devida, deve-se levar em conta que as partes, ao negociarem e firmarem o contrato, após o balanceamento de seus respectivos interesses (cálculo de riscos, garantias, vantagens e ônus), provavelmente assumiram uma expectativa legítima quanto à readequação das prestações da maneira que foi pactuado, característica própria e comum dos contratos evolutivos.¹⁵⁰

Segundo a autora, a expectativa legítima pode ser traduzida em termos econômicos, pois impacta nas negociações de preço do contrato. Um contratante pode, por exemplo, assegurando-se pela possibilidade de renegociação dos preços em caso de dificuldades posteriores, ter deixado de, *a priori*, incorporar no preço valores que pudessem compensar ou mitigar os riscos que assumisse.

Além da resposta no sentido da cobrança de perdas e danos, também é possível encontrar na doutrina, em resposta ao não cumprimento do dever ora discutido, a solução pelo reconhecimento do direito, à parte prejudicada, de pleitear a resolução do contrato pelo inadimplemento do dever anexo de conduta ou a exceção do contrato não cumprido.¹⁵¹ Essa saída parece, no entanto, desproporcional, uma vez que o dever de negociação não encontra uma correspondência na obrigação principal da contraparte.

Por outro lado, há na doutrina quem atribua à renegociação um caráter facultativo, enxergando nela uma possibilidade que se revela às partes no momento do desequilíbrio, mas à qual não estão necessariamente submetidas.¹⁵² Por isso, para estes autores, tanto na doutrina quanto na jurisprudência brasileiras, não se qualificaria o comportamento do contratante que se recusa à revisão como inadimplemento¹⁵³, porque não existiria no ordenamento pátrio norma específica que determine a renegociação de contratos desequilibrados.¹⁵⁴

De toda forma, as alternativas de resposta a ser aplicada pelo julgador variam com base em diversos fatores a serem considerados. Alguns dos critérios para se majorar as consequências a serem aplicadas à parte que se recusa a cooperar na negociação são: se há critérios bem definidos pela cláusula quanto às medidas a serem tomadas no caso de frustração das negociações; se há previsão de uma intervenção de terceiro imparcial para auxiliar as partes nessas situações; se há, no próprio contrato discutido, métodos previstos para a suspensão ou

¹⁵⁰ MARTINS-COSTA, Judith. *loc. cit.*, FABRE, Régis. *op. cit.*, p. 21.

¹⁵¹ SCHUNCK, Giuliana Bonanno. *op. cit.*, p.76.

¹⁵² WELTON, Nelly Maria Potter. *op. cit.*, p. 205.

¹⁵³ AZEVEDO, Antônio Junqueira. Relatório brasileiro sobre revisão contratual apresentado para as Jornadas Brasileiras da Associação Henri Capitant. In: AZEVEDO, Antônio Junqueira. *Novos estados e pareceres de Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 196.

¹⁵⁴ RENNERT, Rafael. *op.cit.*, p. 137-138.

revisão das obrigações; e se ainda há utilidade na obrigação que foi atingida pela situação de mora gerada pelo desequilíbrio.¹⁵⁵

Com a análise dos critérios para a aplicação da cláusula, será possível que o julgador verifique se há ou não um método efetivo para que seja implementada a revisão objetivada pela cláusula de *hardship*, ainda que não tenha havido colaboração suficiente das partes para se chegar nesse resultado. Se houver o método claro, e apenas nessa circunstância, poderá o juiz ou árbitro utilizá-lo para determinar a recomposição do contrato — pois se tratará, nesse caso, de mera imposição de cumprimento contratual. Essa faculdade do julgador encontra amparo na proteção à autonomia privada que gerou a disposição contratual que determinou o ajuste, bem como no princípio da conservação do negócio jurídico.

Há quem defenda que, sendo a obrigação de renegociar considerada uma obrigação de fazer, tanto o juiz quanto o árbitro poderão determinar que o contrato seja readaptado com base nos critérios previstos no seu próprio texto — se estes forem suficientemente detalhados para que se possa chegar a uma adaptação objetiva. Essa seria não uma conduta indevida do julgador, mas uma interpretação voltada à integração e ao cumprimento da vontade das partes estabelecida em contrato.¹⁵⁶

Por outro lado, maior dificuldade é encontrada nos casos em que a cláusula de renegociação apresenta apenas uma previsão genérica quando à necessidade das partes em se submeter a esse procedimento, sem especificar por quanto tempo; como se dará o processo; e quais serão as diretrizes utilizadas para se determinar as novas prestações. Nessa situação, fica menos evidente qual seria o papel possível do Judiciário ou do tribunal arbitral para revisar o contrato ou resolvê-lo.

No Brasil, Giovanni Nanni defende que a competência do juiz para atuar na busca do reequilíbrio a partir da recusa de uma das partes em se submeter à renegociação.¹⁵⁷ Nelson Nery e Thiago Rodovalho defendem que, além do descumprimento do dever de renegociar por uma das partes, o mero impasse na renegociação já seria suficiente para conferir ao julgador a competência de revisar o contrato, dando preferência à manutenção da relação contratual e ao interesse original e objetivo das partes — e, se não for possível se alcançar um reequilíbrio, resolver o instrumento.¹⁵⁸ Por fim, há, principalmente no âmbito internacional, diretrizes que

¹⁵⁵ MARTINS-COSTA, Judith. *op. cit.*, p. 9.

¹⁵⁶ MARTINS-COSTA, Judith. *op. cit.*, p. 9.

¹⁵⁷ NANNI, Giovanni Ettore. *op. cit.*, p. 94.

¹⁵⁸ NERY JUNIOR, Nelson; SANTOS, Thiago Rodovalho. *op. cit.*, p. 146.

podem levar à conclusão de que o mero insucesso das partes em chegar a um acordo já autorizaria um pedido de revisão ou resolução judicial ou arbitral.¹⁵⁹

No entanto, esta última não parece ser uma solução adequada para que se prestigie a vontade das partes e o que foi pactuado entre elas, principalmente por representar uma intervenção injustificada e excessiva no contrato. Não parece razoável inferir que, pela simples existência de uma cláusula de *hardship* no contrato, sejam conferidos poderes desmedidos ao árbitro ou ao juiz para readequar o contrato conforme critérios que estes julguem adequados¹⁶⁰, mas que não tenham sido previstos pelas próprias partes.

Há consequências menos severas em termos de intervenção do julgador na esfera de vontade das partes do que a interferência direta no contrato com a sua readaptação pelo juiz ou árbitro. Tratando-se o dever de renegociar de uma obrigação contratual, tanto se o seu inadimplemento for considerado absoluto quanto se for considerado relativo, pode ser aplicada a responsabilidade civil contratual do devedor para a apuração das consequências à parte inadimplente, como já foi mencionado neste trabalho.¹⁶¹ Esse instituto está previsto nos artigos 389 e 396 do Código Civil, que dispõem, respectivamente, que o descumprimento da obrigação faz com que o devedor responda por perdas e danos, juros e atualização monetária, e honorários de advogado; e que o devedor não incorre em mora se a ele não houver fato ou omissão imputável. Ou seja, no caso de descumprimento de obrigações contratuais, a consequência mais lógica seria a necessidade de pagamento de perdas e danos à parte prejudicada. Aqui, não há diferenças relevantes nos tipos de inadimplemento — se absoluto ou relativo, ainda que essa discussão tenha sido levantada acima.

De qualquer maneira, a quantificação dessa responsabilidade e consequente indenização será de complexa apuração, sendo a obrigação de renegociar, como já descrito neste trabalho, uma obrigação de meio. O acordo final, nesse caso, é apenas uma possibilidade que, se não alcançada, dificilmente levará a uma constatação objetiva de quais foram os prejuízos da sua não realização.

A possibilidade, em si, de as partes chegarem a um consenso, já não é dada como certa, ainda que se realizem negociações de boa-fé e conforme todas as regras razoavelmente

¹⁵⁹ CENTER FOR TRANSNATIONAL LAW (CENTRAL). Transnational law digest and bibliography (TLDB). Cologne: [s/l], 2008, n. IV.5.8 — Duty to renegotiate, n. VIII.1 — Definition and legal consequences of Hardship, (b); COMMISSION OF EUROPEAN CONTRACT LAW. The principles of European contract law (PECL). [s/l]: [s/n], 2002, Article 6:111 (ex art. 2.117) — Change of Circumstances, (3); INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE UNIFICATION OF PRIVATE LAW (UNIDROIT). UNIDROIT principles of international commercial contracts. Rome, [s.n.], 2010, Article 6.2.3 (Effects of hardship), (3) e (4).

¹⁶⁰ LABORDERIE, Anne-Sophie Lavefve. *op. cit.*, p. 415.

¹⁶¹ PEREIRA, Fábio Queiroz; ANDRADE, Daniel de Pádua. *op. cit.*, p. 10.

aplicáveis. Se já não é seguro dizer que as partes entrariam em um acordo se procedessem à negociação de boa-fé, menos ainda é tentar calcular o conteúdo desse eventual acordo para se apurar o que foi o prejuízo no qual a parte que não foi beneficiada por essa hipotética transação incorreu. Esses fatores são estímulos para que as cláusulas de *hardship* sejam comumente seguidas por cláusulas penais ou, pelo menos, acompanhadas de uma definição do caminho para se alcançar demais meios de resolução de conflitos.¹⁶²

Caso não existam mecanismos que possibilitem às partes a aplicação de multa previamente definida ou o prosseguimento do conflito para a próxima via de resolução como consequência da frustração das negociações, a resposta possível é se fazer o cálculo, apesar de impreciso, da indenização devida por uma parte — a que não procedeu às negociações conforme os princípios esperados — à outra. Para essa apuração, é importante ter alguns pontos em consideração: em primeiro lugar, é importante que a indenização abranja o dano emergente e o lucro cessante derivados, causalmente, da recusa injustificada em negociar, conforme precisam os arts. 389, 393, 394, 395, 402 a 407 do Código Civil.

Em adição a isso, é importante que se tenha em conta, no cálculo dessa indenização, a legítima expectativa das partes em relação à readequação, em conformidade com o que foi negociado no contrato e com os usos do tipo de contrato firmado — principalmente no caso de contratos evolutivos e de colaboração empresária, os quais, como já se viu neste trabalho, envolvem uma maior expectativa de colaboração mútua. A expectativa legítima é gerada no momento de as partes balancearem os seus interesses anteriormente à assinatura do contrato, calculando as vantagens que obterão com o contrato e seus ônus, riscos e contrapesos.

Assim, na ocasião de se calcular a responsabilidade e a extensão da indenização derivadas da frustração das negociações, considera-se que há uma forma de traduzir essa expectativa legítima das partes em termos econômicos, pois provavelmente ela impactou no preço contratual no momento de sua estipulação. A expectativa de uma parte de que os preços poderiam ser renegociados em determinadas circunstâncias, garantido pela cláusula de *hardship*, pode, por exemplo, ter feito com que essa parte não embutisse no preço do contrato desde o início os principais riscos que ela poderia assumir ao longo da execução do contrato.¹⁶³ De qualquer forma, vê-se que é de difícil mensuração qual foi, exatamente, a diferença de preço gerada por estas expectativas, para precisar o prejuízo de tal contratante.

¹⁶² MONTEIRO, António Pinto; GOMES, Júlio. *A hardship clause e o problema da alteração das circunstâncias* (breve apontamento). In: LOPES, José Azeredo (Coord.). *Juris et de jure: nos 20 anos da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa*. Porto: 1998, p. 24.

¹⁶³ MARTINS-COSTA, Judith. *op. cit.*, p. 34.

Com todas essas variáveis, outra possível saída que se apresenta é a aplicação da teoria da perda de uma chance, definida pelo Superior Tribunal de Justiça como a perda da possibilidade de se buscar posição mais vantajosa, que muito provavelmente se alcançaria, não fosse o ato ilícito praticado.¹⁶⁴ Ou seja, a indenização deixa de se referir aos interesses intangíveis da parte prejudicada e passa a eleger a própria chance de um acordo, que foi perdida, como objeto da reparação.

Porém, mais uma vez, vê-se que dificilmente haverá uma forma satisfatória de cálculo que leve a uma representação objetiva e satisfatória do que teria sido o acordo ao qual as partes poderiam ter chegado, caso a renegociação tivesse ocorrido da forma adequada. Ou seja, continua sendo uma tarefa delicada precisar qual é a chance que se perdeu, em relação à qual a parte prejudicada faria jus a uma reparação.

Certo é que, como a cláusula de *hardship* parece ser mais bem enxergada como uma obrigação de meio, a ela não se pode atribuir um resultado certo. Porém, até mesmo esta incerteza é um fator considerado quando da alocação de riscos do contrato, que provavelmente já foi levado em consideração pelas partes no momento de sua celebração.¹⁶⁵ Isso significa dizer que, quando decidiram estabelecer uma cláusula de renegociação sem mecanismos específicos que levassem a uma repactuação por terceiros, provavelmente optaram por não se vincular a novos termos contratuais se estes não fossem expressa e bilateralmente decididos por elas próprias. Ou seja, não querem se vincular a um negócio se não houver acordo específico quanto a ele. Exatamente por isso é que a substituição da vontade das partes, na frustração do acordo, pela vontade do julgador, contraria a segurança jurídica, a liberdade contratual e a legítima expectativa das partes¹⁶⁶, e estes outros remédios tratados acima parecem mais adequados.

Outro instituto passível de aplicação para se levar a uma espécie de reparação à parte prejudicada — ou pelo menos a uma redução das suas próprias obrigações — seria a exceção do contrato não cumprido, pela verificação do inadimplemento da obrigação de renegociar estipulada na cláusula de *hardship*. Essa teoria, trazida pelo artigo 476 do Código Civil, impede que um contratante exija do outro o cumprimento de suas obrigações enquanto as suas próprias não forem cumpridas.

Nesse ponto, é essencial que se considere que uma aplicação literal do artigo mencionado, sem que se faça uma avaliação mais criteriosa da situação fática do contrato, pode

¹⁶⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.540.153/SC. Julgamento em 17/04/2018.

¹⁶⁵ FORGIONI, Paula A. *Contratos empresariais: teoria geral e aplicação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 274.

¹⁶⁶ SCHUNCK, Giuliana Bonanno. *op. cit.*, p. 199.

levar a uma situação de abuso de direito e contrariedade à boa-fé. Isso porque em grande parte dos casos pode não ser considerado razoável que a parte prejudicada pela situação de *hardship* simplesmente suspenda o cumprimento das obrigações da sua parte do contrato — principalmente se o *hardship* for, por exemplo, relacionado a apenas uma parte do objeto contratual, pois não seria plausível que a parte prejudicada interrompesse as suas obrigações como um todo.

Aqui cabe a discussão acerca da exceção do contrato não cumprido. Essa resposta de um contratante em face do inadimplemento das obrigações da outra parte é positivada pelo artigo 476 do Código Civil e permite que o contratante prejudicado deixe, em face do descumprimento de obrigações alheias, de executar suas próprias obrigações, pois, na letra do artigo, “nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento do outro”.

Se for feita uma leitura literal desse dispositivo legal, poder-se-ia chegar à conclusão de que o mero fato de a parte solicitada a comparecer ao procedimento negocial não o fazer, ou fazê-lo de forma contrária ao que se esperaria dela com base na boa-fé, serviria de base para eximir a parte solicitante, ainda que provisoriamente, de suas demais obrigações contratuais. Porém, é necessária uma análise da situação fática antes que se aplique de forma desmedida o referido dispositivo legal. As ponderações que se deve fazer para aplicá-lo passam, principalmente, pela proporcionalidade.¹⁶⁷ É preciso que exista uma correspondência entre a prestação que não foi cumprida e aquela que pode ser, em consequência, temporariamente suspensa — pois a interrupção só faz sentido porque a existência de uma depende diretamente da outra.

Não se imagina uma situação provável em que a obrigação principal devida pela parte prejudicada pelo *hardship* tenha como razão de ser o cumprimento, pela outra parte, de suas obrigações de renegociação; de forma que seria oportunista que aquele que invocou a cláusula de renegociação, no momento em que solicitasse à outra parte que iniciasse negociações, interrompesse totalmente o cumprimento das suas obrigações. Por esse motivo, deve-se ter como regra a não-interrupção do contrato¹⁶⁸, para a parte que alega o *hardship*. Ou seja, a parte prejudicada pelo desequilíbrio, enquanto pede a revisão, resolução ou renegociação não pode

¹⁶⁷ PEREIRA, Fábio Queiroz; ANDRADE, Daniel de Pádua. *op. cit.*, p. 10.

¹⁶⁸ INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE UNIFICATION OF PRIVATE LAW (UNIDROIT). UNIDROIT principles of international commercial contracts. Rome: [s.n.], 2010, Article 6.2.3 (Effects of hardship), (2); BRUNNER, Christoph. *op. cit.*, p. 471; GAVAZZONI, Adriana. *op. cit.*, p. 129. LABORDERIE, Anne-Sophie Lavève. *op. cit.*, p. 125.

interromper o cumprimento de sua parte do contrato. É isso o que diz o Unidroit e iniciativas semelhantes, como a cláusula de *hardship* da ICC, que serão abordadas adiante.

Outro ponto de possível discussão no âmbito das possíveis consequências à parte que, mesmo abstendo-se de iniciar um processo judicial ou arbitral durante o período destinado à negociação, não realiza nenhuma diligência e não apresenta qualquer disposição em efetivamente buscar uma solução pacífica da controvérsia, é que se pode encontrar na doutrina o entendimento de que essa negativa em cooperar para a realização da negociação deve ser considerada pelo tribunal arbitral quando da alocação dos custos procedimentais, que devem ser mais expressivos para a parte que se recusou.¹⁶⁹ Teoricamente, seria esta a parte que impôs ao conflito a solução pela via heterocompositiva, gerando, assim, os custos advindos de tais procedimentos. Portanto, poder-se-ia dizer pela razoabilidade de se imputar a maior parte desses custos ao referido contratante.

2.4.5 Meios possíveis para a execução

Mais um aspecto a se aprofundar no tema em questão é que, se a obrigação de renegociar segundo os princípios da boa-fé imposta pela cláusula de *hardship*, ou as condutas anexas a ela, forem consideradas obrigações de fazer, seria possível se pensar que elas poderiam ser executadas conforme os mecanismos legais já existentes para a imposição de obrigações desta natureza — quais sejam, aqueles previstos no art. 536 e seguintes do Código de Processo Civil de 2015, que tratam da execução específica de obrigações?¹⁷⁰ A ideia causa estranheza, porque parece esdrúxulo que um contratante seja judicialmente obrigado a entrar em negociação com o outro — um mecanismo que é, em sua própria natureza, voluntário.

No entanto, se esses mecanismos forem pensados em congruência com a eficácia executiva do princípio da boa-fé, pode-se chegar a algumas soluções. A satisfação executiva de uma obrigação de fazer, no geral, compreende duas modalidades: a tutela específica, ou seja, a imposição do cumprimento daquela obrigação na forma do contrato; e a tutela substitutiva, que seria a execução da parte inadimplente no equivalente econômico da obrigação.¹⁷¹

Pelo chamado princípio do resultado¹⁷², o ordenamento jurídico brasileiro prestigia, atualmente, a tutela específica em detrimento da tutela substitutiva, optando pelo caminho que

¹⁶⁹ BRUNNER, Christoph. *op. cit.*, p. 468.

¹⁷⁰ NANNI, Giovanni Ettore. *op. cit.*, p. 94.

¹⁷¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual civil: execução forçada, processos nos tribunais, recursos, direito intertemporal*. Rio de Janeiro: Forense, 2016, v. 3, p. 205.

¹⁷² DIDIER JR., Fredie *et al.* *Curso de Direito Processual civil: execução*. Salvador: JusPodivm, 2017, v. 5, p. 71.

leve a um resultado de maior congruência com o que foi originalmente pactuado pelas partes. Assim, a tutela substitutiva terá lugar, com fulcro no artigo 499 do Código de Processo Civil, quando houver impossibilidade de obtenção da tutela específica, ou quando o exequente assim solicitar. Ou seja, sempre em situações excepcionais.

Outra consideração importante ocorre no momento da diferenciação entre a tutela da execução sobre obrigações não fungíveis e obrigações fungíveis. O dever de renegociar é, notadamente, infungível, visto que às partes não é facultado fazer coisa semelhante em substituição a esse dever. Sendo a obrigação estabelecida pela cláusula de *hardship* infungível, tem-se o pacífico posicionamento quanto à impossibilidade de execução específica, pois a infungibilidade torna impraticável a aplicação de técnicas como a execução da obrigação por terceiros às custas do devedor.¹⁷³

Portanto, restaria apenas a possibilidade de execução indireta, que compreende algumas discussões na doutrina. É clara a viabilidade de aplicação de técnicas coercitivas para a execução de obrigações infungíveis¹⁷⁴, visando ao constrangimento do devedor ao cumprimento da obrigação. Assim, chega-se a uma possível solução de o próprio tribunal arbitral ou o juiz fixar um prazo razoável, com base na interpretação da vontade das partes exposta no próprio texto do contrato, para que as partes renegociem e tenham a chance de entrar em consenso. Para conferir à fixação do prazo um caráter obrigatório, é possível que o julgador estabeleça multa diária no caso de não cumprimento da obrigação de fazer estabelecida aos contratantes, no mesmo formato da aplicação legalmente prevista de astreintes.

Denota-se, assim, que, pelo ordenamento jurídico brasileiro, a execução da obrigação imposta pela cláusula de *hardship* por terceiros é possível, mas apenas quando se trata de execução específica por meio de técnicas coercitivas.

Essa possibilidade pode ser verificada, também, nos Princípios Unidroit, que, tratando do “direito à execução específica do contrato”, determinam a possibilidade de fixação de multa pecuniária em caso de não cumprimento das obrigações de fazer.¹⁷⁵

É de se pensar, no entanto, qual seria o real benefício de se impor esse tipo de coerção para o engajamento da parte em uma dinâmica que requer a sua vontade para que efetivamente se entre em um acordo razoável. Sem o elemento da vontade presente, é provável que a única função da coerção seja retardar a resolução definitiva do impasse.

¹⁷³ PEREIRA, Fábio Queiroz; ANDRADE, Daniel de Pádua. *op.cit.*, p. 11.

¹⁷⁴ DIDIER JR., Fredie *et al. op. cit.*, p. 582.

¹⁷⁵ Art. 7.2.4 (Judicial Penalty). Disponível em: <<https://www.unidroit.org/wp-content/uploads/2021/06/Unidroit-Principles-2016-English-i.pdf>>. Acesso em 19/04/2022.

Em último caso, se a determinação de prazo para a negociação e aplicação de multa pecuniária para o descumprimento não surtirem os efeitos esperados, poderá o tribunal ou o juiz, valendo-se da interpretação do contrato — se o texto do contrato assim permitir, proceder à sua revisão¹⁷⁶ ou às demais consequências do inadimplemento, conforme se viu acima.

2.4.6 Critérios vagos

Em regra, as cláusulas de *hardship* são providas de um caráter geral e, em algumas ocasiões, vêm seguidas por uma cláusula penal para o caso de não cumprimento do pactuado, como multa pecuniária ou a faculdade da parte prejudicada em pleitear a resolução. No entanto, como já visto no presente trabalho, a falha em alcançar um acordo não equivale, necessariamente, a um descumprimento contratual. Portanto, mais pertinente do que prever penalidades para o descumprimento do dever de renegociar em si, é que as partes façam uma determinação prévia, já em vista da conjectura de eventuais dificuldades na renegociação, de quais serão as consequências procedimentais para o caso de não ser possível chegar a um acordo — um desenho cujo objetivo é traçar de forma precisa qual a técnica que deve ser seguida para se instituir a renegociação necessária, ainda que imposta por terceiros (como as figuras do conciliador, mediador, perito, árbitro e juiz).

Nesse sentido, há autores que entendem que uma adequada cláusula de *hardship* deveria prescrever, inicialmente, as condições sob as quais deverá ser realizada a renegociação daquilo que foi pactuado pelas partes. Depois, a cláusula deveria conter o procedimento a ser adotado pelas partes para sanar o desequilíbrio gerado pela modificação das circunstâncias. E, por fim, a cláusula de *hardship* mais adequada deveria especificar as respectivas sanções diante da possibilidade de uma das partes se negar a realizar a renegociação em busca da conformação do contrato à nova realidade.¹⁷⁷

Porém, por se tratar de uma cláusula contratual, naturalmente derivada da vontade das partes, há uma grande liberdade destas quanto ao ajuste dos termos da cláusula, que pode ser abrangente ou restrita. Há, normalmente, uma imperatividade descrita nesses dispositivos, derivados dos próprios termos que se utiliza, como “as partes *deverão* renegociar”, ou “as obrigações *serão* renegociadas”, indicando que não há espaço para que se cogite da não aplicação da cláusula. No entanto, o que acompanha esses termos imperativos para formar o restante da redação pode variar bastante.

¹⁷⁶ MARTINS-COSTA, Judith. *op. cit.*, p. 10.

¹⁷⁷ PEREIRA, Fábio Queiroz; ANDRADE, Daniel de Pádua. *op. cit.*, p. 4.

Cláusulas genéricas como “sobrevindo queda comprovada de arrecadação, as partes comprometem-se a renegociar a multa”, já foram consideradas pelos tribunais como tendo a função exclusiva de ensejar negociação, não impedindo a aplicação da multa ou o acionamento do Judiciário concomitantemente à negociação.¹⁷⁸

Em geral, a razão pela qual opta-se pela inserção de uma cláusula de *hardship* em um contrato é que, analisando-se os riscos do tempo ao qual a relação contratual estará submetida, conclui-se não ser conveniente que ela esteja submetida a um texto rígido previamente estabelecido. Ao deixar algumas cláusulas com características abertas, os contratantes optam por lidar com os riscos dos efeitos do tempo na medida em que eles se concretizarem — o que Judith Martins-Costa caracteriza como uma “relação sinalagmática evolutiva”¹⁷⁹.

Ainda segundo a autora, as fórmulas nas quais essa evolutividade pode estar amparada são várias, podendo conter desde critérios e procedimentos específicos (inclusive já com a determinação de terceiros que auxiliarão na renegociação) até previsões genéricas acerca da obrigação das partes em renegociar. O projeto de renegociação, como menciona, pode ter, portanto, um menor ou maior alcance. O menor seria caracterizado pela falta de parâmetros específicos que regeriam o processo negocial, como uma simples orientação a que as partes promovam o equilíbrio dos preços do contrato; e o maior seria representado pela previsão de uma intervenção bem definida, como o estabelecimento dos critérios econômicos de readaptação de determinados preços e de mecanismos de proposta e contraproposta. Entre esses dois extremos há, ainda, uma larga variedade de formatos intermediários.

Dentro dessa variedade, podem existir cláusulas que (i) enunciam uma fórmula geral, tomando por base aspectos relevantes de naturezas política, financeira ou econômica; (ii) se referem a situações pontuais de desequilíbrio, por exemplo, dar relevância a novos custos fiscais, restrições oriundas de políticas ambientais ou variações de taxas de câmbio; (iii) estabelecem que as partes renegociem o contrato dentro de certo lapso temporal ou se submetam a procedimento arbitral; ou (iv) permitem que a parte prejudicada resolva o contrato e se desligue do termo avençado.¹⁸⁰

¹⁷⁸ TJSP; Agravo Regimental Cível 2010463-11.2016.8.26.0000; Relator (a): Pereira Calças; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo - N/A; Data do Julgamento: 27/02/2019; Data de Registro: 01/03/2019. Nessa ocasião, determinou-se: “Se a ideia era erigir algo semelhante a uma cláusula de *hardship*, que estabelecesse valores menores de multa, ou mesmo sua inexigibilidade, na hipótese de queda de arrecadação, era fundamental que as partes tivessem fixado parâmetros objetivos no próprio acordo para que isso pudesse ser efetivado. Todavia, na forma como foi redigida a cláusula, em termos absolutamente genéricos, sem a fixação de qualquer critério objetivo para a redução da multa, inviável extrair qualquer consequência jurídica de seu conteúdo, a não ser a necessidade de as partes entabularem novas negociações”.

¹⁷⁹ MARTINS-COSTA, Judith. *op. cit.*, p. 3.

¹⁸⁰ PEREIRA, Fábio Queiroz; ANDRADE, Daniel de Pádua. *op. cit.*, p. 4.

Além das diferentes previsões acerca dos mecanismos para se alcançar o reequilíbrio, a cláusula pode determinar ou não o que seriam, efetivamente, as alterações passíveis de serem consideradas *hardship*, e que, assim caracterizadas, teriam o potencial de invocar a obrigação de renegociar. A dúvida que fica é: o que acontece quando a cláusula apenas prevê de forma genérica que as partes devem negociar, mas não determina qualquer procedimento para que esse objetivo seja atingido?

Se o contrato é omissivo nesse sentido, é preciso considerar, primeiramente, que se trata de uma obrigação procedimental e de meio, como visto exhaustivamente neste trabalho. Portanto, é necessário definir quais seriam as condutas legitimamente esperadas de uma parte que se submete a uma renegociação — essa função, como também já se viu neste trabalho, é assumida pela boa-fé objetiva.¹⁸¹ A boa-fé objetiva servirá como baliza à interpretação do comportamento das partes e pode levar, por exemplo, à aplicação dos mesmos princípios desenvolvidos em sede de responsabilidade pré-contratual.¹⁸²

Se o contrato não estipula, nem de maneira genérica, o procedimento para a sua atuação da cláusula de renegociação, também silenciando sobre as condições procedimentais das partes e os critérios para alcançar a revisão, ainda assim, não há inocuidade das cláusulas de renegociação, que são válidas e eficazes. E a recusa em negociar, mesmo nesses casos, ou a protelação injustificada — as artimanhas eventualmente utilizadas para adiar as reuniões ou delas se esquivar — configuram hipóteses de inadimplemento contratual, imputável e culposo.¹⁸³ Consequentemente, incidem os efeitos, legal e contratualmente predispostos à inexecução contratual.

Em vista disso, pode-se dizer que, na omissão de uma previsão contratual que seja suficiente e completa, serão aplicadas as regras gerais sobre inadimplemento contratual, previstas principalmente no Código Civil de 2002.

É possível, também, que seja claramente delimitado qual será o tempo mínimo de negociação, cujo decurso autorizará qualquer das partes a acionar a via arbitral ou judicial. Sem essa delimitação precisa, a cláusula poderia, aparentemente, perder o seu efeito, uma vez que será extremamente vago o critério para identificar o momento no qual a negociação foi frustrada. A cláusula de *hardship* modelo sugerida pela ICC, por exemplo, estabelece um prazo

¹⁸¹ GOMES, Júlio. *op. cit.*, p. 193; LABORDERIE, Anne-Sophie Lavefve. *op. cit.*, p. 409.

¹⁸² MONTEIRO, António Pinto; GOMES, Júlio. *op. cit.*, p. 24.

¹⁸³ FABRE, Régis. *op. cit.*, p. 19. VELENCOSO, Luz Maria Martínez. *La alteración de las circunstancias contractuales: un análisis jurisprudencial*. Madrid: Civitas, 2003, p. 66 e ss.

de 90 dias para negociação a partir do requerimento.¹⁸⁴ No entanto, o tempo de negociação razoável sempre dependerá das particularidades de cada contrato.¹⁸⁵

No caso de o prazo estabelecido pela cláusula não atender à necessidade de tempo das partes para chegarem a um acordo satisfatório, é possível que a dilação necessária do prazo seja amparada pelo princípio da boa-fé, que impõe o dever de colaboração e confiança mútua, podendo ser base para o entendimento de que as partes devem aderir a um intervalo de tempo maior, se necessário, caso exista uma chance de que, com isso, a renegociação se torne possível — mesmo que o intervalo previsto no contrato tenha se esgotado e a próxima etapa prevista seja a arbitragem ou a judicialização.¹⁸⁶

Há dúvidas, nesse caso, sobre se existe algum meio de obrigar a outra parte ao cumprimento de uma cláusula sem prazo, e quais seriam as consequências da negativa em negociar. É lógico pensar que, ainda que ausente a previsão de prazo específico, estas questões podem ser solucionadas com as consequências e mecanismos tratados nos tópicos acima, mesmo que seja mais complexo estabelecer parâmetros objetivos para o cumprimento da cláusula.

Outra questão que pode ser determinada pelas partes ao negociar os termos do contrato e da cláusula de *hardship* é a previsão sobre a possível intervenção de um terceiro imparcial que as auxiliará na busca por um acordo. Esse terceiro pode ser, por exemplo, um negociador, um especialista neutro, ou mediador (sendo que, nesse último caso, o procedimento seria o da mediação, e não o da negociação).

Em suma, tendo em vista que, como foi abordado em pontos anteriores, a obrigação gerada pela cláusula de *hardship* não impõe às partes que sejam feitas concessões com as quais não estejam confortáveis, mas apenas que adotem um comportamento colaborativo para a solução do desequilíbrio, a autonomia privada não deixa de ser protagonista na sua relação. Assim, o que a boa-fé exerce é uma função de auxiliar as partes na contextualização, delimitação e densificação da obrigação de renegociar contida na cláusula — o que faz com que, quanto mais lacunas houver nessa previsão contratual, maior será a atuação de correção, interpretação e preenchimento de brechas pela boa-fé¹⁸⁷, que auxiliará em estabelecer mais precisamente o que se espera de cada parte.

¹⁸⁴ ICC (ed.). *Force majeure and hardship*. Paris: 1985 (ICC Publ No. 421), Par. 5.

¹⁸⁵ BRUNNER, Christoph. *op. cit.*, p. 473.

¹⁸⁶ PINTO, José Emilio Nunes. O mecanismo multietapas de solução de controvérsias. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/6024/o-mecanismo-multi-etapas-de-solucao-de-controversias>. Acesso em 08/04/2022.

¹⁸⁷ PEREIRA, Fábio Queiroz; ANDRADE, Daniel de Pádua. *op. cit.*, p. 8.

3 TRATAMENTO DA CLÁUSULA DE *HARDSHIP*

3.1 Ordenamento brasileiro

Após verificar a abordagem dada à cláusula de *hardship* pela doutrina, passar-se-á ao enfoque legal conferido ao instrumento ora estudado, para que se possa ter um melhor panorama de sua aplicabilidade no Brasil. No ordenamento jurídico brasileiro, embora existam ferramentas para a modificação ou extinção do contrato motivados por desequilíbrio superveniente, estes só serão implementados caso, após verificação do julgador, seja constatado estarem presentes todos os requisitos legais para tal. Ou seja, trata-se de uma exceção legal ao princípio do respeito à vontade das partes que deve ser aplicado de forma restritiva.

Em razão do respeito à liberdade contratual e da premissa de que o contrato traduz um vínculo de cooperação, há espaço, no ordenamento jurídico brasileiro, para que se direcione às próprias partes a responsabilidade de encontrar saídas para o desequilíbrio que as atingiu. No entanto, o fundamento da possibilidade de se prever no contrato cláusulas que instrumentalizem essa busca de uma solução comum não está expresso na legislação, mas deriva de princípios que nela foram positivados. Mais especificamente, o uso da cláusula é amparado pelo respeito à autonomia privada dos contratantes, positivado em alguns dispositivos acima destacados, e, mais recentemente, de maneira ainda mais enfática, na Lei da Liberdade Econômica, que ressaltou no seu art. 113 o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual.

Assim, entende-se que as partes possuem o poder, amparadas pela legislação, de contratar e estabelecer os efeitos que pretendem que decorram daquela contratação.¹⁸⁸ No Direito Brasileiro, portanto, o uso da cláusula de *hardship* é modelada essencialmente por princípios. Além dos citados acima, são aplicados na sua utilização a boa-fé, o equilíbrio econômico e a função social — basicamente, os princípios empregados na análise das relações contratuais no geral. É por isso que, para entender melhor a abordagem no Brasil do dispositivo contratual investigado, é necessário um estudo sobre casos concretos e sua interpretação pelos aplicadores do Direito.

¹⁸⁸ SIMÃO, José Fernando. *Direito Civil: contratos*. São Paulo: 2006, Ed. Atlas, p. 7.

3.2 Jurisprudência brasileira

Objetivando construir um entendimento mais claro sobre a maneira com a qual os tribunais brasileiros tratam o tema da cláusula contratual que estabelece o dever de renegociar, foi feita uma pesquisa jurisprudencial do tema, com o recorte para o Superior Tribunal de Justiça, Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro e Tribunal de Justiça de São Paulo.

Para tanto, os critérios de busca utilizados em cada tribunal foram as seguintes: “cláusula de hardship”; “hardship”; “cláusula de renegociação”; “renegociação” conjuntamente com “previsão contratual”; “revisão de prestações” conjuntamente com “previsão contratual”; “previsão contratual de revisão”; “previsão contratual de renegociação”; “desequilíbrio contratual” conjuntamente com “revisão contratual”; “desequilíbrio” conjuntamente com “previsão de revisão contratual”; “desequilíbrio” conjuntamente com “previsão de renegociação contratual”; e, por fim, “imposição de renegociação contratual”.

3.2.1 Superior Tribunal de Justiça

No Superior Tribunal de Justiça, nenhum dos critérios acima gerou resultados que tivessem alguma relevância para a presente pesquisa. Apenas a combinação das expressões “renegociação” e “previsão contratual” gerou algum resultado, cujo conteúdo não se aplicava às discussões sobre a previsão contratual da obrigação de renegociar.

3.2.2 Tribunal de Justiça de Minas Gerais

Já no Tribunal de Justiça de Minas Gerais, foram obtidos alguns resultados, mas nenhum que fosse pertinente à discussão ora pretendida. Com os critérios “renegociação” em conjunto com “previsão contratual”; “cláusula de renegociação”; e “revisão de prestações” em conjunto com “previsão contratual”, não foram obtidos resultados quanto à previsão contratual de possibilidade de renegociação contratual, apenas quanto à renegociação de dívidas de forma geral. Com a expressão “previsão contratual de revisão”, foram encontrados alguns julgados que tratavam apenas da previsão de rescisão unilateral imotivada em contrato bilateral.

Buscando pela expressão “previsão contratual de renegociação”, foi obtido somente resultado com a discussão quanto à previsão de possibilidade de renegociação de contrato de

empréstimo, limitado à verificação de licitude de inclusão de dados no cadastro de inadimplentes. Por fim, baseado na busca pelas expressões “desequilíbrio contratual” e “revisão contratual” em conjunto, encontraram-se julgados que abordavam tão somente a possibilidade de revisão contratual com base na interpretação da legislação (Código Civil ou Código de Defesa do Consumidor). Com os demais critérios, não se obteve nenhum resultado.

3.2.3 Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro

No Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, foi encontrada apenas uma decisão relativamente relevante para a presente discussão. Buscando pela expressão “cláusula de hardship”, deparou-se com um julgado que discorreu sobre a possibilidade de revisão contratual com base em interpretação do art. 479 do Código Civil, fazendo uma analogia com a cláusula de *hardship*. Vejamos:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO REVISIONAL DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS. TUTELA DE URGÊNCIA DEFERIDA PARA DETERMINAR A SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DE TRÊS PARCELAS DO CONTRATO DE FINANCIAMENTO DE VEÍCULO. INSURGÊNCIA DA FINANCEIRA RÉ. RECURSO PROVIDO. 1. Trata-se de agravo de instrumento interposto em face de decisão prolatada pelo juízo da 1ª Vara Cível da Regional do Méier, que [em] ação de revisão contratual, deferiu o pedido de tutela de urgência para determinar a suspensão da exigibilidade das parcelas com vencimento em junho, julho e agosto de 2020 do contrato de financiamento de veículo celebrado entre as partes, diante da superveniência da pandemia do COVID-19 que provocou reflexos no desenvolvimento das atividades profissionais da autora. 2. Autora que não demonstrou que sua situação financeira atual é distinta da que ostentava quando firmou contrato de financiamento para aquisição de veículo “Ecosport Freestyle 1.6”, assumindo pagamento mensal de R\$ 1.230,83, ou que tenha tentado renegociar o contrato. 3. A situação de emergência sanitária pela qual o mundo está passando em virtude da pandemia do covid-19 atinge a todos indistintamente, fornecedores de produtos e serviços e consumidores, contratantes e contratados, conduzindo à necessidade de renegociação de dívidas e seus valores, com ajustes e reajustes de vontade, não cabendo ao Judiciário, em regra, substituir, unilateralmente, o animus das partes contratantes. 4. Observe-se que, quando estamos diante de fenômenos globais, a alteração substancial das circunstâncias daí derivada não traz na sua essência o atingimento apenas de uma das partes, em benefício da outra, sendo ambas afetadas quando a base em que livremente assentaram o negócio for alterada. **5. Não por acaso o Código Civil, em seu art. 479, estabeleceu uma “ponte de ouro” para salvar o contrato quando há alteração substancial das circunstância, possibilitando à parte optar por opor-se à resolução mediante a aceitação da modificação equitativa das condições do contrato, aos moldes de uma “cláusula de hardship” *ope legis*, implícita e opcional, que se presta a obstar a resolução do contrato, permitindo a modificação quantitativa e eventualmente qualitativa do pacto, estabelecendo o dever de negociar quando afetado o equilíbrio global da avença, solução até aqui não trilhada pelas partes.** 6. Recurso provido.¹⁸⁹

¹⁸⁹ RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento n. 0034356-21.2020.8.19.0000. Relator Des(a). Elton Martinez Carvalho Leme, julgamento em 03.11.2020. In: *Diário do Judiciário*, Rio de Janeiro, 21 dez. 2020. (grifos nossos)

Nota-se que o julgador, na decisão em destaque, imputou à cláusula de *hardship* a prerrogativa de constituir uma barreira à resolução do contrato pela alteração das circunstâncias. Nessa visão, a cláusula em discussão teria função semelhante à possibilidade legal, prevista no art. 479 do Código Civil, de o réu oferecer-se para modificar equitativamente as cláusulas do contrato diante de um pedido de resolução — evitando que esta se materialize.

Uma interpretação que parece razoável da visão do tribunal sobre a cláusula de *hardship* nesse caso é que, se as próprias partes preveem no contrato uma faculdade que apenas se veria em um processo de conhecimento, com o conflito já judicializado, é porque sua intenção é, de fato, criar afastamentos e barreiras para a resolução. Pode-se, assim, ter alguma confiança de que, ao ser abordada pelo tribunal carioca, a existência da cláusula de *hardship* provavelmente resultaria em um maior esforço em se manter o vínculo contratual, retardando o quanto possível a sua extinção pela resolução. Porém, como foi encontrada apenas uma decisão com essa visão, entende-se que ela não é uma posição sólida do tribunal na qual se poderia fiar.

Alguns outros resultados obtidos não foram tão alusivos ao tema como o explorado acima. Com o critério de pesquisa “renegociação” em conjunto com “previsão contratual”, por exemplo, obtém-se resultados apenas referentes à possibilidade genérica de renegociação de dívidas. Além disso, quando se insere, na busca, tanto a expressão “previsão contratual de renegociação”; quanto “previsão contratual de revisão”, e “desequilíbrio contratual” em conjunto com “revisão contratual”, chega-se a resultados que abordam tão somente a possibilidade de renegociação de dívida ou de revisão contratual com base na interpretação da legislação (Código Civil ou Código de Defesa do Consumidor).

3.2.4 Tribunal de Justiça de São Paulo

Por fim, realizou-se a pesquisa jurisprudencial nos arquivos do Tribunal de Justiça de São Paulo, onde mais se encontrou abordagens específicas sobre a cláusula de *hardship*, principalmente usando os critérios de pesquisa “hardship” e “cláusula de hardship”. Os acórdãos encontrados serão discutidos individualmente a seguir.

O primeiro resultado a ser mencionado é um Acórdão de Agravo de Instrumento ratificando decisão liminar concedida na interposição do recurso, de modo a impor a observância de cláusula de *hardship* prevista no contrato firmado entre as partes, especificamente quanto à substituição do IGP-M pelo IPCA, em razão da superação do

indexador ao índice de inflação em decorrência da pandemia de coronavírus, consignando, ainda, a possibilidade de revisão no caso reverso. Vejamos:

TUTELA DE URGÊNCIA. Revisão contratual. Alegação de excessiva onerosidade no reajuste pelo IGP-M do saldo devedor referente a imóvel adquirido com pagamento diferido em 180 meses. Inexistência de qualquer ilegalidade ou abusividade, em abstrato, na adoção do IGP-M como fator de atualização do preço. Notória superação do IGP-M em relação à inflação real neste período de pandemia. **Previsão no contrato de restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do negócio (cláusula de *hardship*), que se aplica tanto na hipótese de extinção de indexador, ou de não refletir ele a depreciação da moeda no período.** Adoção provisória do IPCA, sem efeito liberatório, visando apenas obstar a mora e permitir a manutenção do contrato. Liminar concedida. Recurso provido.¹⁹⁰

Importante mencionar que o julgado destacado é citado em outras decisões, embora não tratem sobre a cláusula de *hardship*, mas sobre renegociação contratual derivada da pandemia de Covid-19. Ele figura, portanto, como uma referência importante quando se debate sobre o dever de renegociar, seja derivado do contrato ou da lei. Abaixo, destacam-se alguns trechos relevantes da decisão:

Três fatores recomendam a concessão da tutela de urgência: 1) o notório descolamento do IGP-M em relação à inflação real do período e outros indexadores usualmente eleitos pelas partes; 2) em sede de análise perfunctória, demonstrou o autor que mesmo o índice ajustado no contrato (IGP-M) não foi corretamente aplicado para atualizar as parcelas do preço e 3) **o próprio contrato entre as partes previu a possibilidade de restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do negócio (cláusula terceira, parágrafo terceiro).**

Previu referida cláusula que se qualifica como cláusula de *hardship* hipótese de restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, caso venha a ser destruído por fato superveniente. Confirma-se o que ajustaram as partes:

Claro que a cláusula supratranscrita prevê situação de expurgos inflacionários e congelamento do indexador que destrua a relação de equivalência do preço.

Razoável, porém, que se **aplique também a cláusula para fins de situação inversa, qual seja, a de o indexador eleito pelas partes superar em muito a inflação do período, comprometendo o equilíbrio contratual.**

Nada impede, nesse momento, a adoção provisória do INPC como indexador das parcelas do preço, pois também reflete a depreciação da moeda no período.

A indexação tem o escopo primário de evitar a corrosão do valor real de troca da moeda. Visa, em outras palavras, manter estável o valor real ou de troca do preço futuro. Não constitui um *plus* que se acresce ao preço, mas um *minus* que se evita.

A medida tem a precípua finalidade de manter o equilíbrio do contrato e o valor real das parcelas diferidas do preço, ao menos no aguardo do contraditório pleno e oitiva da parte contrária, a respeito da alegação de reajuste e desacordo com o índice oficial e o desequilíbrio econômico-financeiro do contrato diante de súbito e expressivo aumento do índice ajustado entre as partes¹⁹¹

¹⁹⁰ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento n. 2175864-86.2021.8.26.0000. Relator Des(a). Francisco Loureiro, julgamento em 30.08.2021. In: *Diário do Judiciário*, São Paulo, 30 ago. 2021. (grifos nossos)

¹⁹¹ *Ibidem*.

Vê-se que, no caso destacado, o julgador abertamente afirma que não há abusividade no estabelecimento de um índice específico para o reajuste dos preços, ainda que ele atinja níveis altos, dando a entender que a imposição de um reequilíbrio não seria devida se fosse apenas esse o caso. A diferenciação no tratamento dessa nova circunstância pelo TJSP se baseia na existência de uma cláusula de *hardship* no contrato, que demonstra a vontade das partes em repactuar as suas disposições em situações como a que ocorreu. Tem-se, portanto, um cenário ilustrativo da relevância da existência de uma cláusula de renegociação. É difícil prever como resolveria o julgador o mesmo caso se ausente a cláusula, mas é seguro afirmar que o litígio teve uma resposta extremamente precisa do Judiciário porque a existência da obrigação contratual de renegociação não deixou margem para dúvidas sobre a vontade das partes em readequar as prestações diante de uma alteração das circunstâncias.

Outra decisão encontrada relevante para a análise proposta é um Acórdão de Agravo Interno que negou a aplicação de cláusula genérica para o fim específico de sobrestar a exigibilidade de multa, uma vez que apenas impunha a obrigação de negociar a aplicação de referida multa em caso de queda de arrecadação. A decisão estabelece que a cláusula de *hardship*, sendo considerada uma cláusula que pode estabelecer valores menores de multa, ou mesmo sua inexigibilidade, deve conter parâmetros objetivos e, portanto, tem uma aplicação restrita. Esta é uma decisão importante porque demonstra, na prática, as consequências de se estabelecer uma cláusula com critérios vagos, como detalhado acima neste trabalho. Vejamos a ementa do referido julgado:

Agravo interno — Decisão que acolheu parcialmente a impugnação à execução de multa por descumprimento de acordo formalizado entre as partes, em dissídio coletivo de greve — 1. Multa que é exigível, ressalvada, porém, a diminuição de seu montante, na forma da decisão agravada. **Cláusula que, na forma como foi redigida, apenas obriga as partes a entabularem novas negociações, em caso de queda de arrecadação, sem, todavia, afastar a exigibilidade da multa.** 2. Multa que já foi reduzida de forma significativa, atentando para todos os fatores que atenuavam a responsabilidade da Municipalidade (queda de arrecadação; ausência de dolo ou culpa grave; atrasos que não ultrapassavam 20 dias). Valor arbitrado que deve preservar o caráter pedagógico do instrumento — Agravo não provido.¹⁹²

Veja-se, ainda, alguns trechos da decisão:

A alegada inexigibilidade da multa não se sustenta.
Consta do acordo original que "sobrevindo queda comprovada de arrecadação, as partes comprometem-se a renegociar a multa." (fl. 70 dos autos principais).

¹⁹² SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Agravo Regimental Cível n. 2010463-11.2016.8.26.0000. Relator Des(a). Pereira Calças, julgamento em 27.02.2019. **Diário do Judiciário**, São Paulo, 01 mar. 2019. (grifos nossos)

A partir da redação desta cláusula não é possível depreender, ao contrário do que sustenta a agravante, que a "multa somente seria imposta caso não ocorresse queda de receita" (fl. 07).

Com a devida vênia, se era este o sentido que as partes e seus advogados pretendiam transmitir através dessa cláusula, passaram muito longe de seu desiderato, pois **o único compromisso assumido, segundo a redação conferida, foi o de entabularem negociações para rediscussão da multa. Nada mais.**

Se a ideia era erigir algo semelhante a uma cláusula de hardship, que estabelecesse valores menores de multa, ou mesmo sua inexigibilidade, na hipótese de queda de arrecadação, era fundamental que as partes tivessem fixado parâmetros objetivos no próprio acordo para que isso pudesse ser efetivado. Todavia, na forma como foi redigida a cláusula, em termos absolutamente genéricos, sem a fixação de qualquer critério objetivo para a redução da multa, inviável extrair qualquer consequência jurídica de seu conteúdo, a não ser a necessidade de as partes entabularem novas negociações, o que foi cumprido ("sobrevindo queda comprovada de arrecadação, as partes comprometem-se a renegociar a multa").

Diante de tal quadro, não era mesmo de se acolher integralmente a impugnação, declarando a inexigibilidade de título executivo.¹⁹³

O julgado destacado demonstra a importância de se desenhar uma cláusula de renegociação com parâmetros mais detalhados, se for esta a vontade das partes. Nota-se que a parte à qual a referida multa seria aplicável depositou na cláusula de *hardship* a expectativa de que a penalidade poderia não ser exigível no caso de concretização das circunstâncias ali expressas (queda na arrecadação). Porém, a simples menção a uma obrigação de renegociar, como visto acima neste trabalho, não é suficiente para que a parte prejudicada pela alteração das circunstâncias se desobrigue de seus deveres contratuais, ou deixe de ser punida pela sua inexecução. Assim, sendo comprovada a tentativa de renegociação, ainda que diante de seu insucesso, tem-se o adimplemento da cláusula de *hardship* e a autorização da aplicação da multa contratual, como confirmado pelo TJSP.

Outra importante decisão encontrada nesta pesquisa foi um Acórdão de Apelação Cível fazendo referência à observação voluntária das partes à cláusula de *hardship* inserida em contrato, conceituando brevemente o instituto. Entendeu-se que a pretensão judicial não possuiria relação com a cláusula de *hardship*. Pelo contrário: o Acórdão negou o pleito de revisão do contrato com base na teoria da imprevisão, após a revisão contratual feita com observação à cláusula de *hardship*, uma vez que a nova redação contratual não previa nova possibilidade de revisão:

Impugnação aos benefícios da Justiça Gratuita rejeitada — Presunção “*juris tantum*” não afastada — Decisão mantida. Trespasse — Pretendida revisão do contrato — Decreto de improcedência – Modificação do preço originalmente ajustado mediante a elaboração de aditamento, visando atingir o equilíbrio contratual — Ausência de justificativa para uma alteração forçada das regras negociais — Descabimento da

¹⁹³ *Ibidem.*

aplicação da teoria da imprevisão, descaracterizado o enquadramento junto ao art. 478 do CC/2002 — Sentença mantida - Recurso desprovido.¹⁹⁴

E alguns trechos importantes da decisão:

No tocante ao alegado desequilíbrio contratual, é certo que a Cláusula 6ª do contrato dispôs que “os ‘VENDEDORES’ garantem aos ‘COMPRADORES’ um faturamento bruto mensal de R\$ 120.000,00 (cento e vinte mil reais) nos primeiros 26 (vinte e seis) dias úteis trabalhados a contar de dia 13/03/2017, podendo haver uma oscilação de 5% (cinco por cento) para mais ou para menos” [sic] (fls. 17). **O parágrafo primeiro da mesma cláusula, por sua vez, estabeleceu que, não atingido o faturamento bruto esperado, o preço avençado sofrerá uma redução proporcional, multiplicando-se por 4,15 (quatro inteiros e quinze décimos).** No parágrafo segundo, foi prevista uma garantia de lucro líquido mensal de 15% (quinze por cento) sobre o faturamento bruto, mantendo-se os parâmetros da Cláusula 6ª (fls. 17).

As partes não divergem quanto ao fato de não ter sido atingido o faturamento bruto de R\$ 120.000,00 (cento e vinte mil reais) nos primeiros vinte e seis dias após a celebração do contrato, **razão pela qual foi celebrado um aditivo, tendo constado uma retificação da Cláusula 2ª**, que passou a constar que o preço avençado é o de R\$ 430.419,40 (quatrocentos e trinta mil, quatrocentos e dezenove reais e quarenta centavos) (fls. 21).

A Cláusula 6ª, por sua vez, passou a ter seguinte redação: “Os ‘VENDEDORES’ garantiram aos ‘COMPRADORES’ o faturamento bruto mensal de R\$ 103.715,52 (cento e três mil, setecentos e quinze reais e cinquenta dois centavos) nos primeiros 26 (vinte e seis) dias úteis trabalhados a contar do dia 13/03/2017” (fls. 22). Nos termos de dita Cláusula 6ª, então, **já houve a recomposição da relação obrigacional, revistas voluntariamente as regras negociais originariamente estatuídas no trespasse em apreço,** em razão de não ter sido atingido o faturamento prometido, tendo as próprias partes atuado para que fosse atingido o equilíbrio contratual.

E, ao ser feita esta recomposição, não foi incluída uma nova cláusula contratual e prevista uma futura segunda revisão do contrato, caso não atingido o novo faturamento bruto mensal estabelecido, mesmo porque o texto era remissivo a um período de tempo já ultrapassado, cabendo consignar que o aditamento do contrato é datado de abril de 2017 e a demanda foi ajuizada em abril de 2019.

Não há subsídios para aplicação, no caso em tela, da teoria da imprevisão, nada justificando uma nova revisão forçada das regras negociais, mostrando-se correto o veredicto pronunciado em primeira instância. Destaca-se nada indicar onerosidade excessiva ou quebra da base negocial, considerada esta sob um ponto de vista objetivo. Não foi alegada qualquer alteração na conjuntura fática vigente no curso da execução do contrato e não se vislumbra o desaparecimento ou o perecimento de uma situação tida como essencial para o fornecimento do consentimento do apelante e, em consequência, para a celebração do contrato enfocado. Não há, portanto, como cogitar da hipótese de incidência do artigo 478 do Código Civil de 2002.

Foi, isso sim, incluída uma cláusula de “hardship” no contrato enfocado (e não, uma condição, como o incorretamente proposto), a qual permitiu uma revisão voluntária do preço originalmente avençado, atuando as partes no sentido de restabelecer um reequilíbrio entre as prestações e as contraprestações (Orlando Gomes, Novíssimas Questões de Direito Civil, Saraiva, São Paulo, 1984, p.187). **Foi extraída plena eficácia desta cláusula e, superada a circunstância antevista quando da celebração, recompostas as regras negociais, os termos do contrato se tornaram definitivos.**

A improcedência, por conseguinte, se justifica plenamente, indeferido o pleito recursal.¹⁹⁵

¹⁹⁴ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 1033449-59.2019.8.26.0100. Relator Des(a). Fortes Barbosa, julgamento em 10.06.2022. In: *Diário do Judiciário*, São Paulo, 10 jun. 2022.

¹⁹⁵ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 1033449-59.2019.8.26.0100. Relator Des(a). Fortes Barbosa, julgamento em 10.06.2022. In: *Diário do Judiciário*, São Paulo, 10 jun. 2022. (grifos nossos)

Nota-se que, mais uma vez, se está diante de uma decisão que deu a devida importância à cláusula de *hardship*, arbitrando que, tendo esta sido plenamente observada pelas partes e válido à renegociação do pacto, que inclusive foi objeto de termo aditivo, não seria válido ao contratante insatisfeito pleitear a revisão das suas obrigações com base no desequilíbrio, uma vez que este já havia sido sanado de forma consensual. Além disso, percebe-se a relevância da cláusula quando o julgador reforça a sua ausência (após a assinatura do aditivo) para decidir pela desnecessidade de nova renegociação, inferindo que esta foi a vontade evidenciada pelas partes ao não estabelecer novamente esta obrigação.

Neste mesmo sentido de negativa à revisão judicial pela ausência de cláusula de renegociação, também foi encontrado na pesquisa Acórdão de Apelação Cível que negou revisão contratual por não haver previsão de cláusula de *hardship* no contrato e, ainda, por não haver imprevisibilidade na variação de cotação de moeda estrangeira:

Ação de busca e apreensão — Procedência — Inadimplência caracterizada — Notificação válida — Mora admitida e não purgada — Onerosidade excessiva — Inocorrência - Sentença mantida - Recurso conhecido e desprovido.¹⁹⁶

A interpretação dada à cláusula de *hardship*, aqui, pode ser estudada a partir de um caminho contrário: o da sua não existência. Uma vez ausente a cláusula, entendeu-se que não havia predisposição das partes em submeter o contrato à renegociação frente à situação imprevista. Vejamos alguns trechos pertinentes:

Uma cópia do instrumento particular de tal contrato encontra-se acostada a fls.19/30 e revela que: a) o preço foi estabelecido em ienes japoneses, previsto o pagamento mediante remessa bancária para uma conta corrente mantida em banco sediado na República Federal da Alemanha, o que pressupunha a celebração de contrato de câmbio com instituição financeira (Cláusulas 3.6 e 3.7); b) entre os deveres do comprador, ou seja, da recorrente, se encontrava o de providenciar o registro da operação de câmbio junto ao Banco Central do Brasil, com a emissão da Declaração de Importação pelas autoridades alfandegárias (Cláusulas 2.4 e 20.2); **c) não foi incluída, no instrumento examinado, uma cláusula de “hardship” ou de revisão consensual e programada do contrato.**

Está-se, portanto, diante de um contrato de compra-e-venda internacional e, **do texto examinado, resulta que não foi estatuída uma cláusula de reajuste ou correção cambial, não servindo a moeda estrangeira como medida de valor.** O preço foi, isso sim, fixado num montante certo e determinado de ienes japoneses, pois o pagamento deveria ser realizado no exterior.

[...]

Nada indica uma quebra da base negocial, considerada esta sob um ponto de vista objetivo e tendo como parâmetro o ambiente internacional em que o presente contrato

¹⁹⁶ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível 1070096-29.2014.8.26.0100; Relator Des(a). Fortes Barbosa, julgamento em 05.07.2017. In: *Diário do Judiciário*, São Paulo, 05 jul. 2017. (grifos nossos)

foi celebrado. O local do pagamento, repito, foi fixado na República Federal da Alemanha e uma quebra da base negocial só seria constatada quando alteradas fundamentalmente as condições do ambiente econômico para ambas as partes, incorrendo, para a ré, qualquer enriquecimento como decorrência da desvalorização do real, a moeda nacional, ou da alteração da conjuntura econômica brasileira. Em suma, **não há um desequilíbrio a ser remediado, não sendo viável cogitar, também, de onerosidade excessiva derivada de um evento imprevisível, eis que previsíveis as variações na taxa de câmbio de moedas.**

Não há, de toda maneira, enquadramento no artigo 478 do Código Civil de 2002.¹⁹⁷

Por outro prisma, de forma mais superficial, foi encontrado um Acórdão de Apelação Cível que apenas cita a possibilidade de as partes convencionarem cláusula de *hardship* para estipular conduta a ser adotada em caso de desequilíbrio superveniente do contrato em pretensão de resolução contratual isenta de multa:

PARCERIA COMERCIAL — Ação de cobrança fundada em contrato já extinto foi corretamente julgada parcialmente procedente — Insurgência da ré contra sua condenação ao pagamento de multa não merece prosperar — Pacto previu expressamente a imposição de sanção à parte que resiliu o contrato antes de decorrido o prazo mínimo de vigência — Alegação da requerida de que na verdade houve resolução do contrato por onerosidade excessiva não merece prosperar — São necessários ao reconhecimento da onerosidade excessiva, basicamente, a existência de um contrato de execução continuada ou diferida no tempo, e a superveniência de acontecimento extraordinário e imprevisível, que gere onerosidade excessiva para uma das partes — Ré que não se desincumbiu do ônus de demonstrar alguns desses requisitos — Nem mesmo a teoria da quebra da base objetiva do negócio jurídico socorre à apelante — Devida a condenação da ré à multa prevista, que não passa de indenização pré-fixada à parte prejudicada pela resilição — Impossibilidade até mesmo de reduzir o valor da multa, ante a inexistência de mínimos indícios de que seu valor é excessivo — Sentença mantida — Recurso não provido.¹⁹⁸

Trecho da decisão:

Poderiam as partes - mas não o fizeram - convencionar **cláusulas de *hardship*, estipulando desde logo a conduta a ser tomada caso houvesse desequilíbrio por fato superveniente ao contrato.**¹⁹⁹

Mais uma vez, vê-se que o raciocínio do julgador parte da situação oposta à da previsão da cláusula, ou seja, do silêncio do contrato, para aduzir que não houve a intenção de se obrigar a renegociar. A ponderação leva a crer que, caso tivesse sido positivada pelas partes a cláusula em discussão, a decisão do tribunal teria privilegiado a continuidade da relação contratual e,

¹⁹⁷ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível 1070096-29.2014.8.26.0100; Relator Des(a). Fortes Barbosa, julgamento em 05.07.2017. In: *Diário do Judiciário*, São Paulo, 05 jul. 2017. (grifos nossos)

¹⁹⁸ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça Apelação Cível n. 1103741-79.2013.8.26.0100. Relator Des(a). Francisco Loureiro, julgamento em 08.09.2016. In: *Diário do Judiciário*, São Paulo, 08 set. 2016.

¹⁹⁹ *Ibidem.* (grifos nossos)

muito provavelmente, teria questionado a imposição de multa por uma das partes àquela que foi prejudicada pela situação imprevista.

Por fim, foi identificado Acórdão de Apelação Cível, confirmando entendimento proferido em sentença, que afasta a caracterização de cláusula de *hardship* em previsão contratual que impõe às partes a revisão contratual após período de tempo específico, diferenciando conceitualmente a cláusula de *hardship* de “cláusulas de adaptação automática” ou de cláusulas revisionais:

ACÇÃO DE COBRANÇA DECORRENTE DE CONTRATO DE COMPRA DE MATERIAIS RECICLÁVEIS E PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE MÃO DE OBRA. SALDO DE FORNECIMENTO DEVIDAMENTE COMPROVADO NÃO ADIMPLIDO. DESNECESSIDADE DE REALIZAÇÃO DE OUTRAS PROVAS FACE À ROBUSTEZ DA DOCUMENTAÇÃO PRODUZIDA NOS AUTOS. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA CONFIRMADA, RECURSO IMPROVIDO.²⁰⁰

Trechos da decisão:

O argumento central da apelante reside na pertinência de alteração do preço do quilograma do material reciclável que no seu entender deveria ser fixado em R\$ 0,01. Em abono de sua **tese invoca a cláusula sétima do contrato que prevê a revisão de preços a cada 180 (cento e oitenta) dias mediante negociação entre as partes, com o critério de prevalecer a média de preços praticados na ocasião da tomada**, levando em consideração os serviços e equipamentos utilizados pela contratada (apelante) (fls. 47).

Observa-se que o contrato data de 1º de novembro de 2007 e não se constata a presença de discussões consistentes no que diz respeito à revisão dos preços estipulados na cláusula 5ª, considerando-se, ademais que outras circunstâncias deveriam ser consideradas para esse mister, conforme assinala a parte final da cláusula 7ª referida acima.

Nesse ponto, mais uma vez deve-se fazer alusão aos argumentos da sentença pois: ‘se realmente aqui se está diante do que doutrinariamente se convencionou denominar “*hardship clause*”, é igualmente correto dizer que ambos os contratantes desatenderam à revisão neste ponto, que supostamente deveria ocorrer em 180 dias (cláusula 7.1.)’ (fls. 563)’.
Se a suposta ruptura do equilíbrio contratual não pode ser acolhida em razão da inércia comum aos contratantes em não revisaremos preços estabelecidos, também não há como se dar respaldo à eventual caracterização da cláusula 7ª, como sendo de “hardship”, como também asseverou a sentença.

E isto porque:

‘... a Cláusula de *Hardship* distingue-se daquelas de adaptação automática, bem como das revisionistas. Quando se fala de cláusula de adaptação, preveem-se certas situações, conhecidas, que poderão ou não ocorrer, e, havendo o evento, sua aplicação se dá de pronto. **Já na *Hardship*, não se pode prever a situação, ou ainda, se previsível, não se sabe como, nem quando.** Por outro lado, nas cláusulas de revisão automática basta haver o fator tempo, o hiato temporal entre o pacto e o momento da revisão, para que forçosamente sejam feitas as alterações das condições das bases negociais, independentemente de qualquer evento. **Também difere a *Hardship* daqueles acontecimentos de força maior, porque, uma vez que se façam**

²⁰⁰ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça Apelação Cível n. 0019844-27.2010.8.26.0602. Relator Des. Alberto Gosson, julgamento em 11.05.2015. In: *Diário do Judiciário*, São Paulo, 13 maio 2015.

presentes, rompe-se o contrato, de acordo coma fórmula tradicional de retorno ao status quo ante, sem culpa, sem maiores ônus ou com a presença do elemento culpa concorrente, acrescida de perdas e danos. No entanto, não é disso que trata a Hardship” (Nilton Serson. “Cláusula de Hardship, viabilidade nos contratos nacionais”. Em Temas Atuais sobre Direito Comercial, na Revista do Advogado publicação da Associação dos Advogados de São Paulo AASP, março de 2008, nº 96, p. 93).²⁰¹

O julgado traz conceituações extremamente úteis a este trabalho, diferenciando as cláusulas de reajuste automático das cláusulas de *hardship* e, ainda, fazendo a distinção entre situações de *hardship* daquelas de força maior. Confirma-se, portanto, a aplicação prática dos conceitos doutrinários trazidos nos capítulos anteriores deste trabalho.

Utilizando-se os demais critérios de pesquisa, foram obtidas como resultado apenas decisões genéricas sobre renegociação de dívidas, como em alguns dos outros órgãos analisados.

Nota-se, pela pesquisa acima exposta, que o tema da cláusula de *hardship* ainda é pouco abordado pelos tribunais brasileiros e, quando o é, normalmente trata-se de decisões que apenas tomam a disposição contratual — ou a ausência dela — como baliza para interpretar qual foi a vontade das partes e se, no momento em que o conflito já foi instaurado, seria condizente com o comportamento das partes que o contrato fosse repactuado.

Apesar de alguns exemplos sobre a abordagem dos tribunais em relação ao tema, percebe-se que não há material o suficiente para que se possa tecer um entendimento geral da jurisprudência brasileira sobre a cláusula objeto deste estudo — especialmente no que diz respeito às suas diversas nuances em termos de aplicabilidade e consequências, como foi mais detalhadamente debatido nos tópicos anteriores.

Por esse motivo, entendeu-se que há bastante espaço para estudo, e muito se teria a ganhar investigando qual é a percepção prática daqueles que trabalham com contratos empresariais no dia a dia, podendo observar de maneira empírica quais são as implicações e a real utilidade de se dispor nestes instrumentos uma obrigação de renegociar seus termos, no caso de evento superveniente. É o que será apresentado no tópico a seguir.

3.3 Pesquisa prática

Com o objetivo de se entender o que o mercado jurídico empresarial tem como impressão sobre a utilidade e aplicabilidade da cláusula de *hardship*, foi feita uma pesquisa com

²⁰¹ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça Apelação Cível n. 0019844-27.2010.8.26.0602. Relator Des. Alberto Gosson, julgamento em 11.05.2015. In: *Diário do Judiciário*, São Paulo, 13 maio 2015.

profissionais do Direito que trabalham rotineiramente com contratos empresariais. A pesquisa foi realizada via *Google Forms* e enviada a profissionais de escritórios de advocacia de grande porte na cidade de Belo Horizonte, cuja experiência é focada em relações contratuais entre empresas, e que entregam um serviço advocatício de alta qualidade. Ao todo, foram obtidas respostas de profissionais de 12 escritórios diferentes e a pesquisa obteve ao todo 21 respostas. Todos os dados pessoais dos participantes foram anonimizados e seus resultados serão apresentados abaixo, divididos por pergunta do questionário.

Importante pontuar que, antes de se iniciarem as perguntas, foi brevemente conceituada aos respondentes a cláusula objeto deste estudo, para evitar divergências de entendimento. Isso posto, a primeira pergunta apresentada aos participantes da pesquisa, com o objetivo de entender, de início, qual o *modus operandi* desse grupo de advogados na elaboração de contratos no dia a dia: se os escritórios onde trabalham utilizam modelos padrão de contratos ou não fazem uso dessa ferramenta. A resposta majoritária foi a confirmação da utilização, que representou 85,7% das respostas obtidas. Desse dado, pode-se inferir que a prática mais recorrente entre os participantes na negociação de contratos empresariais é partir de modelos previamente desenvolvidos para, a partir deles, pensar em cada relação contratual individualmente, realizando as negociações conforme as circunstâncias específicas. Essa prática pode ser vista como uma técnica comum nos escritórios de advocacia de padrões mais sofisticados, que entregam aos clientes uma experiência customizada aos seus interesses, mas partindo de instrumentos que já foram pensados e que já contém as principais cláusulas aplicáveis ao tipo contratual, para minimizar os riscos de erros humanos, como deixar elementos importantes fora do texto.

No segundo momento, foi questionado se, nos contratos comumente vistos e utilizados pelos entrevistados, há a adoção de cláusulas de *hardship*. A esse questionamento, 52,4% responderam que sim. Percebe-se, com essa porcentagem equilibrada, que a cláusula está presente nos contratos mais corriqueiros utilizados por este grupo de advogados, mas que seu uso não é a regra.

A seguir, foi perguntado àqueles que se deparam com a cláusula na sua prática habitual em quais tipos de contrato ela está presente com mais frequência, e qual a duração mais usual desses contratos. Esse foi um tópico importante para se ter a confirmação de um ponto que foi tratado no início deste trabalho: as cláusulas de *hardship* são comuns em relações contratuais prolongadas no tempo, em contratos nos quais normalmente se espera uma maior colaboração entre as partes, e que estão sujeitos às alterações externas pela mudança de circunstâncias.

Corroborando com essa compreensão, os participantes citaram os seguintes tipos de contratos: prestação de serviços; construção; empreitada; licença de uso de *software*; compra e venda de mercadorias e minerais a longo prazo; fornecimento; *joint ventures* e parcerias empresariais diversas; além de contratos “guarda-chuva” de várias modalidades, como prestação de serviços e fornecimento. Os prazos contratuais descritos variaram de 1 a 5 anos, sendo que a maior parte dos exemplos dados foram de contratos com mais de 2 anos de duração. Além disso, foram citadas expressamente pelos participantes as expressões “contratos de trato continuado”; “contratos de prazo indeterminado”; e “contratos de longo prazo que se diferem no tempo”. Ou seja, a impressão geral é de que a cláusula se aplica, de fato, a relações contratuais que se prolongam no tempo.

Foi questionado, depois disso, se os participantes poderiam transcrever as cláusulas padrão mais frequentemente adotada nos seus respectivos escritórios, ou uma cláusula que fosse retirada de um contrato recente com o qual tinham trabalhado e que, na sua compreensão, ilustraria bem a aplicação mais comum da cláusula de *hardship*. Foram obtidos, nesse ponto, alguns exemplos interessantes que serão transcritos a seguir. É importante fazer um adendo aqui sobre o fato de que as respostas obtidas variaram conforme as percepções subjetivas dos entrevistados. Assim, houve algumas imprecisões conceituais. A primeira redação, por exemplo, a mais genérica entre os exemplos fornecidos pelos participantes, foi proveniente de um contrato de prestação de serviços de diretor e não se encaixa precisamente na definição de cláusula de *harship*. Não se trata de uma precisão de renegociação dos termos do contrato diante de uma circunstância que cause um *hardship*, mas uma previsão geral de negociar disputas:

As partes se comprometem a adotar o princípio da boa-fé e a envidar seus melhores esforços para alcançar soluções amigáveis com relação às controvérsias relacionadas ao Contrato.

O segundo exemplo fornecido, também retirado de um contrato de prestação de serviços, se refere a serviços de consultoria a serem prestados por empresa especializada, e também adota uma redação genérica quanto à renegociação, apesar de já prever, em seguida, qual o caminho a ser tomado caso ela seja frustrada. Novamente, não se trata do que conceitualmente se define como uma cláusula de *hardship*, mas de uma previsão de negociar pleitos:

As partes desde já acordam que buscarão solução amigável em todos os pleitos relacionados aos serviços cobertos por este contrato ou que venham a ser prestados pela Contratada à Empresa. Caso as partes não cheguem a uma composição amigável,

desde já se comprometem a utilizar exclusivamente em se tratando de questionamentos relacionados à qualidade técnica do trabalho, como meio de solução de conflitos o processo de arbitragem conforme segue.

A seguir, decorrente de mais um contrato de prestação de serviços — nesse caso, de manutenção em equipamentos pesados de geração de energia —, foi dada como exemplo uma cláusula com um pouco mais de detalhamento em relação a quais as consequências do desequilíbrio. Nesse caso, a empresa contratada poderá, amparada pelo contrato, suspender as suas obrigações até que haja uma solução ao desequilíbrio contratual. Na falta de uma solução, a contratada poderá rescindir o contrato:

Caso ocorra aumento de custos industriais e/ou financeiros que gerem desequilíbrio econômico-financeiro e que a CONTRATADA não possa repassar, via reajuste, revisão e/ou correção monetária do preço, as partes buscarão, de comum acordo, uma solução legal para a questão, na falta do que a CONTRATADA se reserva o direito de suspender a execução de suas obrigações contratuais, sem com isso ocorrer em ônus ou riscos, até que uma solução legal seja acordada.

Caso as PARTES não cheguem a um acordo em relação ao reequilíbrio econômico-financeiro, a CONTRATADA poderá rescindir o contrato, mediante simples notificação, sem que isso implique em qualquer direito de reparação, indenização ou compensação à CONTRATANTE.

Vê-se que a cláusula foi retirada de um contrato que, muito provavelmente, foi bem pensado sobre o prisma da parte contratada, que, pela disposição contratual expressa, poderá suspender a execução de suas obrigações contratuais na falta de um consenso sobre o reequilíbrio das prestações — uma autorização que, como visto neste trabalho, na falta de menção no texto do contrato, a contratada não teria.

No próximo exemplo, retirado de um contrato de prestação de serviços de consultoria, vê-se uma determinação de prazo mínimo para a renegociação e uma definição de quais seriam as pessoas investidas de poder para realizá-la, revelando uma preocupação com a resolução efetiva do conflito por meio de um desenho de passos e consequências caso as tentativas de reequilíbrio consensual sejam frustradas no tempo a elas designado. Apesar de não se tratar conceitualmente de uma cláusula de *hardship*, pois se refere apenas às disputas advindas do contrato de forma geral sem atrelar a renegociação a uma alteração das circunstâncias, vê-se o emprego de mecanismos temporais que permitem verificar com maior objetividade o insucesso das negociações:

Qualquer disputa de algum modo relacionada aos serviços ou a este Contrato deverá ser resolvida diretamente entre as partes, por meio de seus administradores diretos. Caso não seja resolvida a questão em até 30 (trinta) dias, esta deverá ser submetida

aos superiores hierárquicos de cada uma das partes, e, em caso de impossibilidade de resolução dentro do prazo de 15 (quinze) dias contados da submissão aos superiores, poderão as partes, conforme exclusivos critérios, promover as ações que julgarem necessárias e cabíveis, ficando desde já eleito o Foro da Comarca de São Paulo para resolver as questões oriundas desta Carta de Contratação, com exclusão de qualquer outro, por mais privilegiado que seja ou possa vir a ser.

Em seguida, tem-se um exemplo retirado de um contrato de fornecimento, que exhibe um maior detalhamento procedimental a ser tomado pelas partes. A cláusula dispõe, inclusive, sobre qual o tipo de modificação externa que pode gerar uma renegociação — nesse caso, a modificação de tributos — e até qual limite o reajuste pode ocorrer. Vejamos:

No caso de extinção ou criação de novos tributos, ou ainda de alteração, para mais ou para menos, obtenção de isenções ou incentivos fiscais, o CONTRATADO deverá imediatamente apresentar à CONTRATANTE um relatório demonstrando o respectivo impacto destas circunstâncias na remuneração acordada de forma que as Partes possam negociar, de boa-fé, o aditamento da remuneração

O Preço não sofrerá reajuste durante o primeiro ano de vigência contratual, sendo que, após este período, e sempre no prazo máximo de (sessenta) dias contados do aniversário deste Contrato, poderão as partes negociar um reajuste, ficando desde já eleito o índice IPCA (IBGE) ou no caso de sua extinção ou não apuração em um determinado período, por qualquer outro índice equivalente apurado pelo IBGE, sempre respeitando o limite de 10% (dez por cento)

Na ocorrência de qualquer caso omissivo ou não previsto pelo presente Contrato, este não afetará o restante do Contrato e será resolvido de comum acordo, entre as Partes, do qual se lavrará termo aditivo por escrito que, devidamente rubricado pelas mesmas Partes, integrará o presente instrumento.

Nesse exemplo, percebe-se uma preocupação em se estabelecer critérios precisos e demonstrar que a vontade das partes não é renegociar as obrigações de forma irrestrita diante de qualquer desequilíbrio. Principalmente sob o prisma da contratante, a restrição da cláusula confere uma segurança de que os pleitos de repactuação obedecerão a parâmetros já previstos. Ainda é vantajosa, nessa perspectiva, levando-se em conta que, em caso de litígio, seria razoável que o julgador interpretasse que, se as partes, por sua autonomia da vontade, dispuseram sobre a renegociação em circunstâncias específicas, o contrato não deve ser revisto em circunstâncias diversas daquelas ali previstas.

Foi enviado em resposta à pergunta, também, um exemplo da cláusula em contrato de empreitada, essa, sim, com um nível alto de detalhamento quanto aos procedimentos negociais a serem tomados pelas partes. Esta foi a cláusula com maior detalhamento enviada, o que ilustra bem o nível de aprofundamento que um contrato sensível como o de empreitada requer. Nesse caso, o *hardship* foi considerado diante de eventos de caso fortuito ou força maior, o que, como

visto neste trabalho, não é uma abordagem conceitualmente precisa, diante das diferenciações essenciais entre o *hardship* e a força maior.

CASO FORTUITO E FORÇA MAIOR

Diante da permanência do evento de caso fortuito ou força maior por período superior a [60] ([sessenta]) dias, contados da data de início do evento, (i) as Partes poderão negociar e acordar em distratar o Contrato; ou (ii) as Partes poderão, a seu único e exclusivo critério e no prazo de 30 (trinta) contados do encerramento do prazo de [60] ([sessenta]) dias mencionado acima, notificar a outra Parte (“Notificação de Custos”), optando pela continuação do Contrato e o reembolso dos custos e despesas arcados pela CONTRATADA, após o período de suspensão de [60] ([sessenta]) dias, que sejam razoáveis, inevitáveis e devidamente comprovados pela CONTRATADA; ou (iii) caso ambas as Parte optem por não enviar a Notificação de Custos, qualquer das Partes poderá rescindir o Contrato após decorrido o prazo mencionado no item “ii” desta Cláusula 12.2.

12.2.1 Caso seja enviada a Notificação de Custos:

- a) o Contrato não será extinto;
- b) as Partes deverão determinar o valor dos custos mencionados na Cláusula 12.2, com razoabilidade, sendo que a CONTRATADA reconhece e concorda desde já que não terá direito ao recebimento de qualquer indenização por perdas, danos e/ou lucros cessantes;
- c) a Contratante negociará a prorrogação os prazos especificados no Contrato, considerando os efeitos provenientes dos eventos caracterizados como caso fortuito ou força maior no Cronograma das Obras, de acordo com as disposições da Cláusula Vigésima Primeira; e
- d) a CONTRATADA deverá retomar a execução das Obras imediatamente após a cessação dos eventos caracterizados como caso fortuito ou força maior.

Por fim, exemplifica-se a redação de uma cláusula de *hardship* retirada de um contrato de compra e venda de ferro a longo prazo, negociado entre uma parte brasileira e uma parte estrangeira:

X.1. The Parties are bound to perform their contractual obligations even if events have rendered performance more onerous than could reasonably have been anticipated at the time of the conclusion of the Contract.

X.2 Notwithstanding Clause X.1, where:

X.2.1. the continued performance by a Party of one or more of its contractual obligations has become excessively onerous due to an exceptional event (or events) beyond its reasonable control which it could not reasonably have been expected to have taken into account at the time of the conclusion of the Contract; and that

X.2.2. it could not reasonably have avoided or overcome the event (or events) or their consequences, then the Parties will, within 90 days of either Party invoking this clause, renegotiate in good faith the contractual obligation or obligations so that continued performance will no longer be excessively onerous, as long as such movement has been reasonably intended to be applied or applied as well to Buyer’s major suppliers.

X.3. If the Parties fail to reach Contract on the revised term (or terms) required hereunder within 90 days, then any Party may refer the matter to arbitration under Clause X.

Em uma análise de todos os exemplos enviados, conclui-se que a redação da cláusula ora estudada comporta infinitas variáveis, que vão modular o texto conforme as características do contrato e a relação entre as partes. O que parece é que, quanto mais sensível o contrato e mais suscetível a variação das circunstâncias, maior é a preocupação em se estabelecer um caminho bem definido e diretrizes claras para a renegociação. O maior detalhamento da redação surgiu justamente em contratos que envolvem matéria-prima, como fornecimento e compra e venda a longo prazo, e que estão suscetíveis a diversas variações, como oferta e demanda, preços e tributos.

Em seguida, a pesquisa passou a abordar o uso da cláusula de *hardship* após a formação do contrato, ou seja, em um momento de desequilíbrio ou conflito que justificasse a invocação da cláusula. Assim, foi perguntado, primeiramente, se, na experiência recente dos advogados participantes, estes se apoiaram na existência de uma cláusula de *hardship* no contrato para pleitear que a outra parte renegociasse as prestações. Uma porcentagem significativa do grupo de participantes informou que sim, sendo 38,1% das respostas positivas.

Depois, questionou-se, entre aqueles que invocaram a cláusula para pleitear o reequilíbrio, em qual contexto foi feito o pleito. Seis respostas foram no sentido de que a cláusula foi invocada em um contexto negocial e três em um contexto litigioso. Destas, duas foram em sede de arbitragem e uma perante o Judiciário. Ou seja, primordialmente, a discussão sobre a existência da obrigação de renegociar se dá na fase pré-litigiosa.

Para se ter uma noção melhor sobre as experiências dos advogados que já se valeram da cláusula de *hardship* como saída para o desequilíbrio contratual, foram colocadas algumas afirmativas que deveriam ser marcadas caso eles se identificassem com elas. Obteve-se, com isso, os seguintes resultados: seis pessoas afirmaram que ter a cláusula de *hardship* no contrato contribuiu para a abertura das partes à renegociação, em oposição a uma pessoa, que respondeu que a existência da cláusula no contrato não fez diferença para a predisposição a renegociar. Além disso, duas pessoas marcaram a afirmação de que as cláusulas utilizadas traziam apenas disposição genérica sobre a renegociação, mas ainda assim foram invocadas e contribuíram para uma maior colaboração entre os contratantes.

A pesquisa questionou, após esses pontos, acerca da percepção dos advogados sobre a efetividade da cláusula, nos casos em que as prestações foram revisadas de forma litigiosa. Ou

seja, foi perguntado se o participante acreditava que a existência da cláusula de *hardship* em contratos revisados judicialmente ou por via arbitral poderia ter facilitado para que a revisão ocorresse de forma negocial. 85,7% dos participantes responderam que sim, e 14,3% que não. A visão notoriamente majoritária nesse caso, portanto, foi a de que uma obrigação expressa de renegociar no contrato poderia ter contribuído para evitar que o conflito fosse judicializado ou submetido à arbitragem.

Por fim, deixou-se um espaço aberto para que os participantes fizessem comentários das suas percepções pessoais e vivências relacionadas à cláusula de *hardship*, e os mais relevantes serão destacados a seguir.

Sobre o nível de detalhamento nos contratos para que a cláusula de *hardship* seja vista como eficaz, um participante comentou que “a cláusula de *hardship* deve trazer critérios objetivos para que a renegociação ocorra de forma eficaz”.

Alguns participantes apresentaram visões mais céticas sobre a eficácia da cláusula, e enviaram as seguintes respostas:

[1] Ter a cláusula no contrato de *hardship* não fez diferença na abertura das partes à negociação.

Sou cética em relação à efetividade da cláusula de *hardship* que não tenha mecanismos muito previstos, por ausência de critérios eficientes na jurisprudência e doutrina sobre as consequências do descumprimento. Não se poderia forçar o pleito - porque a obrigação descumprida seria de negociar, não de pagar. Mas ao mesmo tempo, é difícil negociar sem animus para tal. É parecido, para mim, com a discussão de pular a etapa de mediação prevista na cláusula escalonada.

[2] Na minha experiência, as discussões negociais têm como pano de fundo mais aspectos financeiros do que efetivamente jurídicos. Assim, muito possivelmente, a Cláusula de *Hardship* não impactaria no debate.

[3] Tendo em vista a existência de limitações à exequibilidade de obrigações de renegociar no Direito Brasileiro, incluindo quanto aos remédios possíveis em caso de descumprimento, a impressão é de que a cláusula de *hardship* contribuiria pouco para a resolução de disputa e poderia trazer complexidades de interpretação para o caso.

Houve também advogados que fizeram ponderações moderadas acerca da cláusula, sem afirmar que ela seria completamente eficiente, mas, também, sem desconsiderar a possibilidade de que ela contribua para uma solução consensual. Foram as seguintes respostas neste sentido:

[1] A cláusula pode contribuir, mas a sua contribuição é limitada.

[2] De forma geral, as partes viram a cláusula mais como uma possibilidade, não se sentindo vinculadas a ela.

[3] Acredito que o acolhimento de revisão judicial/arbitral cria um incentivo para que as partes façam a revisão negocialmente, a fim de evitar a insegurança de revisão por terceiro. Por outro lado, se não há revisão judicial/arbitral, uma das partes teria pouco incentivo para abrir mão de sua posição para acomodar a situação da outra que foi atingida pelo *hardship*.

A visão mais recorrente, apesar das colocações acima, foi no sentido de que a existência da cláusula contribui para que os ânimos estejam voltados à renegociação, ao menos para intentá-la em um primeiro momento. Vejamos as respostas nesse sentido:

[1] Na minha experiência a existência de uma cláusula de *hardship* serve como incentivo às partes renegociarem os contratos, em que pese não criar uma noção de vinculatividade e obrigatoriedade que leve necessariamente ao procedimento e que possa evitar um conflito.

[2] Muitas vezes as partes pensam na judicialização como primeira opção, os ânimos exaltados dificultam a negociação. Se houvesse sua previsão como obrigatória os resultados poderiam ser mais satisfatórios e colaborar para o cumprimento das obrigações.

[3] Acredito que a cláusula contribua para a disposição à renegociação. Quanto mais específico um contrato for, menos contraditório será o seu entendimento, seja no âmbito judicial/arbitral ou negocial. Nesse sentido, a existência da cláusula de *hardship* ajuda as partes contratantes a seguirem um caminho específico para dirimirem eventuais desequilíbrios econômicos, por exemplo, facilitando, assim, a sua execução no âmbito extrajudicial ou acelerando a solução de controvérsias no âmbito judicial/arbitral.

[4] Acredito que a cláusula contribua, pois há um incentivo (e obrigação) de tratativas negociais. Além disso, o próprio fato de as partes pactuarem uma cláusula de *hardship* pode demonstrar uma predisposição a soluções negociadas.

[5] Quando se estabelece de antemão que as partes devem renegociar o contrato diante de uma circunstância inesperada que cause um desequilíbrio, cria-se a oportunidade de que em um cenário inesperado as partes possam adotar a melhor solução para viabilizar a continuidade daquele contrato sem que se faça necessário a intervenção judicial ou arbitral. Para além da força obrigacional dos contratos, mencionadas cláusulas podem ter um efeito moral entre as partes e geram, ainda que de forma inconsciente, uma propensão das partes para negociarem.

[6] As partes concordam com maior facilidade em realizar concessões, evitando demanda judicial.

[7] A cláusula de *hardship* enseja um ambiente de negociação.

[8] Mesmo em notificação prévia, a evocação da cláusula relembra às partes o dever de negociar e contribuir de boa-fé.

[9] O contrato é a base inicial para a construção da relação com o cliente/fornecedor, por isso esse tipo de cláusula ajuda nas negociações para evitar que o negócio seja dissolvido ou judicializado.

[10] Eu acredito que a existência da cláusula de *hardship* facilita muito em eventual discussão sobre renegociação do contrato, em especial se a cláusula trouxesse de forma objetiva as circunstâncias nas quais surgiria o dever de renegociar, e as consequências para as Partes caso não fosse possível a renegociação.

[11] Acredito que a cláusula pode funcionar como uma prova de disposição prévia das Partes a discutirem eventual renegociação, no entanto, não tenho histórico de utilização da cláusula nesses casos.

[12] A cláusula de *hardship* contribui para uma maior abertura das partes à renegociação das condições contratuais. Ela não faz necessariamente com que as partes se sintam obrigadas a realizar tal ato, mas de certa forma dá uma indicação para as partes que isso é algo correto do ponto de vista contratual.

[13] Dificilmente as partes querem renegociar condições - principalmente financeiras - após a celebração do contrato, e é muito comum que a parte que não tem interesse na revisão se apegue a cláusulas que tratam sobre "as partes terem analisado todas as condições da operação e o contrato reflete o que de comum acordo foi negociado" ou que "a contratada considerou todos os custos, inclusive lucro, ao arbitrar o preço", etc. Se não houver uma cláusula de *hardship* para contrapor as demais condições expressas no contrato (na qual a parte que deseja renegociar possa se apegar também), a negociação extrajudicial se torna muito mais difícil e a parte que evoca o desequilíbrio econômico com base nos arts. 478-480 do CC02 fica refém da boa-fé da outra parte para não precisar judicializar a questão.

[14] Acho que deixa as partes mais abertas ao diálogo. Sem a cláusula, a parte prejudicada não tem um canal para a comunicação.

Por fim, houve, ainda, uma resposta que narrou uma experiência específica e que ilustra bem o tema deste trabalho aplicado à prática; por isso, será também compartilhada a seguir:

Em um contrato de armazenagem havia a seguinte cláusula: “Se, comprovadamente, em consequência de mudança radical nas condições econômicas gerais e/ou da situação das Partes, no que concerne à observância das condições de prestação dos Serviços, constituir para uma ou ambas as Partes um ônus excessivo em relação às condições normais do mercado, de forma que não se possa razoavelmente exigir o cumprimento deste Contrato, as Partes negociarão de boa-fé e, por meio de expresso Termo Aditivo ao Contrato, estabelecerão modificações das condições, objetivando adaptá-las às existentes de tal sorte que o Contrato seja exequível para ambas as Partes”. O armazém foi construído pela contratada especificamente para adequar-se à operação da contratante e, durante a construção, a escassez de materiais necessários (ex. aço) no mercado internacional fez com que os preços subissem muito, sendo necessário renegociar os valores da contraprestação devida pela contratante, em razão do aumento considerável no investimento realizado pela contratada para atender à operação prevista no contrato. A contratada conseguiu demonstrar o desequilíbrio financeiro decorrente do aumento do preço dos materiais, com impacto direto no investimento necessário para execução do contrato, e negociou com a contratante a revisão proporcional dos valores pagos pelos serviços de armazenagem.

Vê-se que a impressão geral dos praticantes do Direito entrevistados é que a cláusula de *hardship*, apesar de não garantir a renegociação no caso de desequilíbrio, funciona como uma ferramenta ao alcance das partes para que seja aberto um canal de comunicação e tentado o reequilíbrio. Por isso, apesar de não se prestarem à discussão jurídica sobre o adimplemento ou inadimplemento da cláusula ou suas formas de execução, vários participantes têm um olhar positivo em relação à sua existência nos contratos com os quais têm contato, principalmente se seu cliente for a parte sujeita às variações de circunstâncias como preços de insumos.

A presença da obrigação contratual de renegociação opera, portanto, na visão de grande parte dos entrevistados, como um lembrete expresso às partes de que a tentativa de renegociação é necessária e deve ser obedecida, sendo que, na ausência da cláusula, muitos veem dificuldades em iniciar procedimentos de renegociação, ou em fazer com que a parte contrária tenha alguma abertura aos pleitos do seu cliente.

3.4 Contratos de comércio internacional

Conforme exposto nos capítulos anteriores deste trabalho, os remédios jurisdicionais para a imprevisão variam bastante. As consequências para a imprevisão podem ser verificadas também, conforme o diferente sistema jurídico de cada país. O nascimento das cláusulas de *hardship* no âmbito internacional pode ser compreendido a partir da larga variação entre as leis de ordenamentos jurídicos internacionais distintos. Diante da falta de uma uniformidade que proporcionasse segurança e previsibilidade aos contratantes internacionais em relação à possibilidade de eventual necessidade de revisão do conteúdo do contrato, esses contratantes passaram a utilizar-se da cláusula de *hardship* para favorecer o cumprimento e a manutenção do acordo de vontades.²⁰²

A necessidade de se desenhar soluções à situações de *hardship* teve como motivadores dois cenários principais: (i) o grande privilégio concedido ao *pacta sunt servanda* no comércio internacional; e, (ii) o fato de que, inexistindo cláusulas nos contratos que previssessem as soluções procedimentais para eventos de desequilíbrio, estas questões acabariam sendo submetidas à legislação que melhor se aplicasse ao caso concreto²⁰³, o que gerava grande insegurança ao contratante que não estivesse sob aquela jurisdição.²⁰⁴ Além disso, apesar de haver, em algumas

²⁰² PEREIRA, Fábio Queiroz; ANDRADE, Daniel de Pádua. *op. cit.*, p. 4.

²⁰³ GLITZ, Frederico Eduardo Z. *Contrato e sua conservação: lesão e cláusula de hardship*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 157.

²⁰⁴ DANTAS, Carla de Calvo. *A cláusula de hardship numa visão comparada*. Dissertação de mestrado. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2018, p. 110.

jurisdições nacionais, solução para o desequilíbrio superveniente, nem todas traziam esta solução e, quando o faziam, era sempre mediante a necessidade de preenchimento de requisitos e sua comprovação, o que faz com que, dependendo da legislação à qual a relação contratual esteja submetida, pode ou não ser reconhecido o desequilíbrio e se apresentar uma solução — o que representa, também, uma incerteza aos contratantes.²⁰⁵

A solução por se empregar a cláusula de *hardship* nos contratos internacionais foi, ao longo do tempo e com o avanço da economia globalizada, tomando forma e sendo empregada principalmente em decorrência da autonomia privada dos contratantes. Ou seja, nesse primeiro momento do emprego da cláusula, sua conceituação e efeitos tiveram contornos delimitados pelos próprios contratantes, no exercício de negociação e redação do instrumento contratual. Pressupunha-se que, caso não houvesse, no contrato, cláusula regulando o procedimento a ser seguido no caso de desequilíbrio superveniente, essa omissão teria sido feita intencionalmente pelos contratantes, e o risco de não haver possibilidade de repactuação das prestações estava distribuído na relação contratual conforme escolha das partes.²⁰⁶

Depois é que se passou, em grande parte em razão de toda a insegurança contratual acima descrita, a conceituar, nos instrumentos de *soft law* que servem de baliza às relações comerciais internacionais, quais seriam efetivamente as situações de *hardship*, e a se sugerir algumas redações de cláusulas que tratassem delas. Essa abordagem com um maior detalhamento foi incentivada sobretudo pelo desenvolvimento dos Princípios Unidroit.²⁰⁷

Iniciou-se, então, primeiro no âmbito do comércio internacional, o desenvolvimento de soluções que partissem de instrumentos globais balizadores de contratos internacionais e que apresentassem caminhos para o possível desequilíbrio em razão da alteração das circunstâncias que ampararam a contratação. Há, na doutrina, quem pontue que as primeiras atuações de tais soluções foram empregadas na ocasião do bloqueio do Canal de Suez em 1956, que teve enorme impacto nos contratos em vigor, que dependiam desse acesso para realizar, por exemplo, o fornecimento de mercadorias nos prazos e preços contratados.²⁰⁸

Após esses acontecimentos e outras discussões sobre o desequilíbrio superveniente em âmbito internacional, os diplomas internacionais que norteiam a interpretação e integração dos

²⁰⁵ PRADO, Maurício Almeida. Novas perspectivas do reconhecimento e aplicação do *hardship* na jurisprudência arbitral internacional. In: RBar, n. 2, abr.-jum./2004, Doutrina Nacional, p. 33.

²⁰⁶ ANTUNES, José Engrácia. *Direito e Justiça: contratos comerciais, noções fundamentais*. Volume especial da Universidade Católica, 2007, p. 215. GLITZ, Frederico Eduardo Z. *op. cit.*, p. 157.

²⁰⁷ DANTAS, Carla de Calvo. *op. cit.*, p. 110.

²⁰⁸ BIRMINGHAM, Robert L. A second look at the Suez Canal cases: excuse for nonperformance of contractual obligations in the light of economic theory. In: *The Hasting Law Journal*, v. 20, p. 1393-1416, May 1969, p. 1400 e ss. Disponível em: <<http://www.repository.law.indiana.edu/facpub>>. Acesso em 20/04/2022.

contratos, como a Convenção de Viena das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional Mercantil de 1988 (“CISG”, segundo a sigla em inglês, ou “Convenção de Viena”), passaram a tratar das necessidades de se permitir a desobrigação das prestações ou a sua repactuação em casos que cumprissem alguns requisitos.²⁰⁹

Porém, mesmo que a cláusula tenha sido pensada, no momento de seu surgimento, para amparar contratantes que estão submetidos às normas internacionais de contratação, ela passou a estar presente também em contratos domésticos, inclusive no Brasil, como tratado nos tópicos acima. Nesse momento, no entanto, este trabalho tratará de descrever brevemente como é tratada a obrigação de renegociar nos principais diplomas que versam sobre o comércio internacional, e investigar se há abordagens específicas a respeito de quando este dever é contratualmente estabelecido.

3.5 Organizações internacionais

Serão analisadas, a seguir, as principais disposições de *soft law* sobre a revisão contratual, tendo como base, principalmente, a Convenção de Viena, os princípios da Unidroit relativos aos contratos internacionais, e os princípios europeus do Direito Europeu dos Contratos.

A Convenção de Viena objetivou realizar uma convergência das diretrizes aplicáveis aos contratos de compra e venda mercantil internacional de diferentes sistemas domésticos que são signatários desse diploma, e que possuem diferentes níveis de desenvolvimento.²¹⁰ No artigo 79, o documento trata do impedimento e dispõe sobre as regras para a liberação de uma das partes do cumprimento de suas obrigações contratuais em contratos de compra e venda

²⁰⁹ 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*. The Hague: Kluwer International, 1999-2000, p. 3 e ss. Disponível em: <<https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/rimke.htmlp>>. Acesso em 22/04/2022.

²¹⁰ RIMKE, Joern. *op. cit.*, p. 3 e ss.

internacional.²¹¹ Esse dispositivo contempla o impedimento e, segundo alguns autores, abrange apenas eventos que de fato tenham inviabilizado o cumprimento da obrigação.²¹²

De fato, não há, na CISG, regra expressa sobre a possibilidade de revisão contratual com base em *hardship*. Alguns autores, no entanto, ao contrário dos acima citados, defendem a aplicação dos princípios do Unidroit para modernizar a interpretação da Convenção e incluir tais situações em seu escopo de aplicação.²¹³ Também há decisões arbitrais e judiciais nesse sentido, que incorporam o *hardship* na CISG através de seus arts. 7º e 79.²¹⁴ No entanto, não há consenso doutrinário quanto a tal possibilidade. Da mesma forma, os autores que entendem que o art. 79 se aplica a casos de onerosidade excessiva não convergem quanto ao grau de severidade nas mudanças nas circunstâncias econômicas necessário para ser considerado um impedimento.²¹⁵ Nesse sentido, o Parecer n. 7 do CISG-AC²¹⁶, estabelece que: “uma mudança de circunstâncias que não puder razoavelmente ter sido considerada e que tornar a execução contratual excessivamente onerosa (‘hardship’), pode ser qualificada como impedimento nos termos do art. 79(1). O teor do art. 79 não limita expressamente o termo ‘impedimento’ a

²¹¹ “Seção IV- Exoneração. Art. 79. 1) Uma parte não é responsável pela inexecução de qualquer de suas obrigações se provar que tal inexecução deve-se a um impedimento alheio a sua vontade e que não se poderia razoavelmente esperar dela que o levasse em consideração no momento da conclusão do contrato, que o evitasse ou superasse, ou que evitasse ou superasse suas conseqüências. 2) Se a inexecução por uma das partes dever-se à inexecução por um terceiro que a parte contratou para executar todo o contrato ou parte dele, essa parte só fica exonerada de sua responsabilidade nos casos em que: a) o for em virtude das disposições do parágrafo precedente; e b) o terceiro contratado também seria exonerado se as disposições desse parágrafo fossem aplicadas a ele. 3) A exoneração prevista no presente artigo produz efeito enquanto durar o impedimento. 4) A parte que não executou suas obrigações deve comunicar a outra parte do impedimento e de seus efeitos sobre sua capacidade de executá-las. Se a outra parte não receber a comunicação em um prazo razoável a partir do momento em que a parte que não executou tomou conhecimento ou deveria ter tomado conhecimento do impedimento, esta deverá pagar perdas e danos devidos à falta de recebimento. 5) As disposições do presente artigo não impedem nenhuma das partes de exercer outros direitos além de demandar perdas e danos nos termos da presente Convenção.” (Trad. Maurício Almeida Prado)

²¹² Cf. SPIVACK, Carla. *Of Shrinking Suits and Poison Vine Wax: A Comparison of Excuse for Nonperformance under the UCC and the CISG* (March 31, 2006). Bepress Legal Series. Working Paper 1219. Disponível em: <<http://law.bepress.com/expresso/eps/1219>>, p. 15; SCHLECHTRIEM, Peter; SCHWENZER, Ingeborg. *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 1067; e FLAMBOURAS, Dyonisios. In: FELEMEGAS, John. *An International Approach to the Interpretation of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980) as Uniform Sales Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007. p. 499-505.

²¹³ GAMA JR., Lauro; JORDAN, Giulia. *Exclusão da responsabilidade por inadimplemento na Convenção de Viena sobre Compra e Venda Internacional de Mercadorias*. Revista de Arbitragem e Mediação, vol. 37/2013, p. 185-222, Abr - Jun/2013, p. 4-5.

²¹⁴ Ver: decisão da Cour de Cassation Belga, que reconheceu a possibilidade de aplicação do art. 79 às situações de *hardship* em uma decisão de 2009 (Cour de Cassation Scafom International BV v. Lorraine Tubes S.A.S. 09.06.2009).

²¹⁵ GAMA JR., Lauro; JORDAN, Giulia. *op. cit.*, p. 20.

²¹⁶ Ementa do Parecer n. 7, item 3.1, do CISG-AC sobre exoneração de responsabilidade por perdas e danos conforme o art. 79 da CISG. rel. Prof. Alejandro M. Garro. Nova Iorque, Columbia University School of Law. Adotada pelo CISG-AC na sua 11ª reunião realizada em Wuhan, República Popular da China, em 12.10.2007. p. 3. Trad. para o Português de Pedro Soares, editor do site CISG Brasil CISG-AC. Disponível em: <www.cisg-brasil.net>. Acesso em 20/03/2022.

eventos que tornam a execução contratual absolutamente impossível. Assim, a parte contratante que se encontrar em uma situação de hardship pode, com base neste conceito, ter sua responsabilidade contratual exonerada, conforme o art. 79 da CISG”.

Portanto, vê-se que há uma saída interpretativa para os casos de impedimento na prestação que esteja fora do controle dos contratantes e tenha sido razoavelmente imprevisível quando estes firmaram o contrato, e as consequências de tal evento sejam impossíveis de se evitar ou se contornar, podendo a parte prejudicada pode ser liberada das suas obrigações que sejam atingidas por este impedimento.

Porém, essa disposição acabou por ser considerada, diversas vezes, apenas aplicável aos casos de inexecução ocasionada por evento de força maior, o que dificulta que haja uma segurança quanto ao seu funcionamento como uma solução para os casos de alteração superveniente das circunstâncias que não impeçam, mas apenas imponham uma dificuldade extrema ao cumprimento da prestação.²¹⁷ Assim, apesar de o artigo 79 da CISG poder ser interpretado como apto a solucionar casos de desequilíbrio que não fossem restritos à força maior²¹⁸, continuou-se sem uma possibilidade clara de repactuação ou desoneração nestas circunstâncias, que dependeria de uma interpretação um tanto imprevisível da CISG pelo tribunal arbitral encarregado de julgar o caso concreto, ou do amparo à cláusula *rebus sic stantibus* pela lei interna à qual ele estivesse submetido.

Estas circunstâncias significaram mais um incentivo para que os próprios contratantes, amparados pela autonomia da vontade, passassem a regular nos próprios instrumentos contratuais algumas saídas para situações de alteração das circunstâncias. Assim, apesar de a cláusula de *hardship* já ser utilizada no comércio internacional há mais tempo, passou-se a definir com mais frequência no texto do contrato o que deveria ser entendido como *hardship* e quais medidas seriam tomadas quando este estivesse caracterizado. É difícil estabelecer em qual momento essa disposição surgiu exatamente, mas certo é que ela decorre do princípio da cláusula *rebus sic stantibus* e serve ao amparo dos mesmos interesses.²¹⁹

Avançando sobre os diplomas de Direito Internacional dos contratos que tratam do tema, tem-se os princípios da Unidroit, publicados em 1994. Parte da doutrina enxerga nesse documento um grande mérito, por ter conferido aos contratos internacionais maior segurança

²¹⁷ RIMKE, Joern. *op. cit.*, p. 15 e ss.

²¹⁸ Parecer nº 7 do Conselho Consultivo da Convenção de Viena sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias (CISG-AC), sobre exoneração de responsabilidade por perdas e danos conforme artigo 79 da CISG. (p. 1-24). 2007. Relator: Prof. Alejandro M. Garro, Columbia University School of Law, Nova Iorque, N.Y. EUA.

²¹⁹ DANTAS, Carla de Calvo. *op. cit.*, p. 78.

face às consequências de seu prolongamento no tempo.²²⁰ A partir de sua publicação, passou a existir um caminho às relações comerciais que fossem atingidas pelo desequilíbrio, que não dependia mais das jurisdições às quais o contrato estivesse submetido, ou da disposição no seu próprio texto sobre os procedimentos a serem tomados nesses casos. Com esse diploma, surgiu, também, um expresso conteúdo sobre o que seriam os casos de *hardship* e quais as suas consequências.²²¹

O *hardship* é tratado no capítulo 6, onde é abordada a execução (ou performance) do contrato. Na seção 1 desse capítulo, o diploma trata da execução dos contratos em geral; e, na seção 2, trata do *hardship*. A lógica dessa sequência seria não tratar o *hardship* como uma inexecução, mas como uma grande dificuldade para que a execução ocorra. Abaixo será tratada, assim, somente a seção 2, que diz respeito ao tema ora estudado.

A referida seção é iniciada com um reforço ao *pacta sunt servanda*, estabelecendo que, mesmo nos casos em que a execução se tornar onerosa para uma das partes, esta não pode se desobrigar do cumprimento das suas obrigações. É o contrário do que se verifica em muitos ordenamentos nacionais, que permitem a mitigação do *pacta sunt servanda* nos casos em que haja alteração do seu equilíbrio econômico.²²² Os Princípios Unidroit claramente tiveram a intenção de separar o *hardship* da disciplina da inexecução do contrato, que é tratada em capítulo separado e relacionada à força maior. Assim, considerou-se que, se a condição posterior que tornou oneroso o cumprimento de uma obrigação não a impossibilitou, essa situação deve ser tratada no capítulo 6, que disciplina, como mencionado, o cumprimento, ainda que oneroso, das obrigações contratuais.

Com essa lógica, os princípios da Unidroit tratam do *hardship* em seus arts. 6.2.2 e 6.2.3. Especificamente no art. 6.2.3(4), preveem a adaptação do contrato para a restauração de seu equilíbrio. É interessante transcrever, aqui, os dois principais artigos que trazem a mais completa conceituação do *hardship* em âmbito internacional:

Artigo 6.2.2. (Definição) Há *hardship* quando surgem acontecimentos que alterem fundamentalmente o equilíbrio das prestações, quer por aumento do custo do cumprimento das obrigações quer por diminuição do valor da contraprestação, e a) esses acontecimentos se verificaram ou chegaram ao conhecimento da parte lesada depois da conclusão do contrato; b) esses acontecimentos não podiam razoavelmente ser tomados em consideração pela parte lesada no momento da conclusão do contrato; c) esses acontecimentos escapam ao controle da parte lesada; d) o risco desses acontecimentos não foi assumido pela parte lesada.

²²⁰ GLITZ, Frederico Eduardo Z. *op. cit.*, p. 150.

²²¹ PRADO, Maurício Almeida. *op. cit.*, p 48 e ss.

²²² JÚNIOR, Lauro Gama e Souza. Os Princípios do Unidroit relativos aos contratos do comércio internacional 2004 e o Direito Brasileiro: convergências e possibilidades. In: *Revista de Arbitragem e Mediação*. v. 8/2006, p. 48 – 100, Jan-Mar./2006.

Artigo 6.2.3. (Efeitos) 1) Em caso de *hardship*, a parte lesada pode pedir a renegociação do contrato. O pedido deve ser formulado sem atraso injustificado e deve ser fundamentado. 2) O pedido não confere, por si só, à parte lesada o direito de suspender a execução das suas prestações. 3) Na falta de acordo entre as partes num prazo razoável, qualquer das partes pode submeter a questão ao tribunal. 4) Se o tribunal entender que se verifica um caso de *hardship* pode, conforme o caso: a) pôr termo ao contrato na data e nas condições por ele fixadas; ou b) modificar o contrato para restabelecer o equilíbrio das prestações.

Percebe-se que os principais elementos para a caracterização do *hardship*, segundo esse diploma, são a existência de um contrato de longa duração e um evento superveniente que altere fundamentalmente seu equilíbrio. O art. 6.2.2 levanta hipóteses restritivas para exceções ao princípio da obrigatoriedade do vínculo, que somente poderão ser cogitadas no caso de eventos que alterem fundamentalmente o equilíbrio econômico do contrato. Há, para essa caracterização, uma condição geral — como mencionado, a superveniência de eventos que alterem fundamentalmente o equilíbrio das prestações —; e quatro condições suplementares: que tais eventos somente tenham sido conhecidos pela parte prejudicada após a celebração do contrato, que a parte prejudicada não tenha podido prever, à época da celebração do contrato, a possibilidade de tais eventos, que eles escapem ao seu controle, e que seu risco não tenha sido alocado no momento da negociação.

Caso todas essas hipóteses tenham sido verificadas, segundo o art. 6.2.3, a parte prejudicada pelo *hardship* pode requerer a renegociação do contrato para buscar o seu reequilíbrio. Esse pleito deve ser realizado o quanto antes, mediante todas as devidas justificativas. Além disso, importante pontuar que o pleito de renegociação não permite à parte prejudicada suspender o cumprimento de suas obrigações.

Com isso, diante de uma cláusula de *hardship*, o caminho frente à constatação de um *hardship* pelas partes, segundo os princípios da Unidroit, ocorreria da seguinte forma: uma vez reconhecido, a parte prejudicada por ele deve, de imediato, formular um pedido fundamentado à outra parte, para que se submeta a um procedimento de renegociação. Nesse procedimento, as partes deverão apresentar propostas e contrapropostas que sejam factíveis e condizentes com o contexto de sua relação, bem como apresentadas em prazo razoável.²²³ A adaptação dos termos do contrato deve ser procedida com base na boa-fé, com amparo nos artigos 6.2.3, acima abordado, e 1.7²²⁴, do instrumento. Além disso, a renegociação deve ser procedida pelas

²²³ VICENTE, Dário Moura. *A crise económica mundial e os contratos internacionais*. Coimbra: Almedina, 2017, p. 26.

²²⁴ Princípios da Unidroit. “ARTIGO 1.7 (Boa fé) 1) As partes devem proceder segundo as regras da boa fé no comércio internacional. 2) As partes não podem excluir nem limitar o alcance deste dever.”

próprias partes, sendo vedado que ocorra de forma automática por um terceiro julgador; e nenhuma das partes poderá, tampouco, suspender de forma automática as suas obrigações em razão da renegociação.

O novo acordo ao qual as partes chegarem terá, após estes trâmites, um efeito vinculante.²²⁵ Caso as partes não tenham êxito em alcançar um acordo após negociações, só então é que questão controversa poderá ser submetida ao tribunal cuja jurisdição se aplique ao caso.²²⁶ O insucesso da renegociação será, então, avaliado e poderá ser entendido como uma infração contratual, no caso de se estar diante de um contratante que, não sendo prejudicado pelo *hardship*, agiu propositalmente para que não houvesse renegociação exitosa ou se omitiu diante do pedido de renegociação pela parte prejudicada.²²⁷

Se as negociações não levarem a uma solução após o decurso de prazo razoável para tal, segundo o art. 6.2.3(3), qualquer uma das partes pode requerer ao árbitro ou ao juiz que aprecie a demanda. Se entender que houve, de fato, *hardship*, o julgador poderá encerrar o contrato ou adaptá-lo, segundo o art. 6.2.3(4), para reestabelecer o equilíbrio.

Há, diante disso, uma intenção de que, na praxe comercial internacional, seja privilegiada a manutenção da relação contratual. Por isso, é atribuída aos árbitros a faculdade de realizar intervenções corretivas, com o objetivo de repactuar o contrato, de modo a enquadrá-lo novamente em *standards* comerciais razoáveis.²²⁸ Essas iniciativas incentivaram, inclusive, que a Câmara de Comércio Internacional de Paris instituisse, desde o início da década de 1990, alguns mecanismos de readaptação do contrato, constituindo o sistema dos “Dispute Adjudication Boards”²²⁹, e, posteriormente, em 2004, o sistema dos novos “Dispute Resolution Boards”.²³⁰

Os princípios da Unidroit também recepcionam o direito à execução específica do negócio, nos seus arts. 7.2.1 e 7.2.3. Combinado com o esforço acima descrito para a manutenção da relação contratual em termos razoáveis após um evento de desequilíbrio, pode ser verificado, via exercício interpretativo, que o diploma reforça a possibilidade de que a cláusula de *hardship* seja executada para que sejam cumpridos os trâmites previstos para a

²²⁵ GLITZ, Frederico Eduardo Z. *op. cit.*, p. 167.

²²⁶ PINHEIRO, Luís de Lima. *Direito Comercial*. Lisboa: Editora Almedina, 2005, p. 221.

²²⁷ GLITZ, Frederico Eduardo Z. *op. cit.*, p. 169.

²²⁸ CORAPI, Diego. *L'equilibrio delle posizioni contrattuali nei principi Unidroit*. RArb 10/150 (DTR\2006\380)-164. São Paulo: ed. RT, 2006, p. 159-160.

²²⁹ WALD, Arnaldo. *A arbitragem contratual e os dispute boards*. RArb 6/13. São Paulo: ed. RT, jul.-set. 2005; TERRANOVA, Carlo G. *L'eccessiva onerosità nei contratti*. Milano: Giuffrè, 1995, p. 248.

²³⁰ Todos os procedimentos citados são dispostos na “Dispute Board Rules”, ADR Rules, Rules for Expertise, Dispute Board Rules - International Chamber of Commerce. Paris, Goubault Imprimeur, 2008. Cf. também WALD, Arnaldo. *op. cit.*, p. 18-23; KOCH, Christopher. *Novo regulamento da CCI relativo aos dispute boards*. Revista de Arbitragem e Mediação, São Paulo, v. 6, p. 143-175, jul.-set. 2005.

renegociação, se houver, em detrimento do encerramento da relação contratual e conversão do descumprimento da cláusula de renegociação em perdas e danos.

A forma com que a disciplina do *hardship* foi tratada nos Princípios Unidroit serviu de parâmetro para o seu reconhecimento e aplicação nos contratos do comércio internacional. Anteriormente, a jurisprudência arbitral apenas reconhecia a existência do *hardship* como parte integrante da *lex mercatoria*, sob a denominação de *rebus sic standibus*, mas exprimia a regra com conteúdo genérico e impreciso. Desde 1994, multiplicaram-se as decisões arbitrais que, invocando os arts. 6.2.1 a 6.2.3 dos Princípios, deram contornos mais bem definidos ao *hardship*, ora tratando-o como parte integrante da *lex mercatoria*, ora como uso do comércio internacional.²³¹

Como exemplo, destaca-se caso paradigmático no qual as normas dos Princípios sobre o *hardship* foram utilizadas pela Corte de Arbitragem de Berlim, ao analisar um litígio derivado de contrato internacional de fornecimento de máquinas. O contrato foi celebrado entre uma empresa da antiga República Democrática da Alemanha e outra de um país comunista do antigo leste europeu, sujeito ao Direito Alemão da antiga República Democrática Alemã. Quando ocorreu a reunificação da Alemanha em 1990, os mercados ocidentais abriram-se às empresas da antiga RDA, e as máquinas objeto do contrato perderam inteiramente o seu valor para o importador alemão. Este, então, invocando a alteração radical das circunstâncias existentes ao tempo da contratação, recusou-se a receber as mercadorias e a realizar o pagamento acordado. O tribunal, então, decidiu ao seu favor e demonstrou que a solução alcançada através do Direito Alemão também era aceita no plano internacional, referindo-se aos arts. 6.2.1 a 6.2.3 dos Princípios Unidroit, para afirmar o princípio segundo o qual uma alteração substancial no equilíbrio contratual original pode justificar o rompimento do contrato.²³²

Por fim, houve o advento dos Princípios Europeus do Direito dos Contratos (ou “PECL”), publicados em 1999. Estes, apesar de apresentarem uma vasta abordagem de aspectos como a formação, o cumprimento e o descumprimento de contratos, têm uma limitação de aplicação, uma vez que foram pensados para abranger exclusivamente os países membros da União Europeia. Pode ser uma referência, no entanto, no estudo do *hardship*, pois aborda a alteração das circunstâncias no seu artigo 6.111.²³³

²³¹ PRADO, Maurício C. A. Novas perspectivas do reconhecimento e aplicação do *hardship* na jurisprudência arbitral internacional. In: *Revista Brasileira de Arbitragem*, v. 2, p. 32-60, abr./jun. 2004.

²³² 1990 — Arbitral Award — SG126/90 — Schiedsgericht Berlin, UNILEX (www.unilex.info) — Unidroit Principles — cases (by date).

²³³ “(1) A parte é obrigada a cumprir suas obrigações mesmo se a execução se tornar mais onerosa, quer porque os custos da execução tenham aumentado ou porque o valor da contraprestação tenha diminuído. (2) Se a execução do contrato se tornar excessivamente onerosa por conta da alteração das circunstâncias, as partes estão obrigadas

3.6 Cláusula modelo da CCI

A seguir, será feita uma análise da *ICC Hardship Clause*, cláusula modelo de *hardship* e *force majeure* sugerida²³⁴ pela Câmara de Comércio Internacional (CCI, ou, em inglês, ICC). A própria CCI adverte, no entanto, que a adoção dessas cláusulas nem sempre é recomendável, já que elas devem ser redigidas de acordo com as peculiaridades do contrato e em compatibilidade com a lei aplicável. Dessa forma, não devem ser essas cláusulas entendidas como paradigmáticas *a priori* para a caracterização das categorias a que se referem.

Porém, certo é que a cláusula modelo de *hardship* da CCI pretende satisfazer a necessidade de regulação da situação dentro do contrato, através de uma cláusula padrão que pode ser incluída em um contrato individual e adaptada conforme a situação concreta. A CCI se preocupou em estabelecer, no início do documento que introduz a cláusula padrão, alguns parâmetros para a sua utilização, explicando que “[i]númeras legislações domésticas tratam de *hardship* por meio de regras que têm como objetivo proteger a parte em desvantagem em casos em que fatos tornaram o adimplemento do contrato mais oneroso do que se podia razoavelmente esperar ao tempo da sua celebração. No entanto, as soluções adotadas por essas legislações podem variar muito de um país para o outro. Em casos em que as legislações domésticas exigem que as partes renegociem o contrato e a renegociação é infrutífera, as consequências desse insucesso podem variar: de acordo com determinadas legislações a parte em desvantagem poderá apenas resolver o contrato, enquanto, de acordo com outras, a parte em desvantagem poderá requerer ao juiz ou árbitro a adaptação do contrato às novas circunstâncias. Como forma de atenuar a incerteza, as partes podem querer regulamentar essa situação em seu contrato, independentemente da lei que o governa.”²³⁵

A CCI esclarece que, em razão deste panorama descrito acima, sua cláusula modelo objetivou satisfazer essa necessidade de maior previsibilidade, com uma cláusula que pode ser

a negociar com o fim de adaptar o contrato ou resolvê-lo, desde que: a) a alteração das circunstâncias aconteça após a conclusão do contrato; b) a alteração das circunstâncias não pudesse ser levada em consideração no momento de conclusão do contrato, e; c) o risco da alteração não fosse assumido, contratualmente, pela parte lesada. (3) Se as partes falharem em chegar a um acordo dentro de um prazo razoável, a Corte deve: a) resolver o contrato em data e termos a serem identificados pela Corte, ou; b) adaptar o contrato de modo distribuir entre as partes, de maneira justa e dentro da equidade, os ganhos e prejuízos advindos da alteração das circunstâncias. Em qualquer dos casos a Corte deve obrigar ao pagamento de indenização aquele que se recusar a negociar ou romper as negociações de forma contrária à boa-fé” In: GLITZ, Frederico Eduardo Z. *op. cit.*, p. 169.

²³⁴ CCI, Cláusula de Força Maior e de Hardship da ICC, publicada em março de 2020. Disponível em: <<https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2020/07/icc-forcemajeure-hardship-clauses-march2020-por1.pdf>>. Acesso em 10/08/2022.

²³⁵ *Loc. cit.*

inserida em qualquer contrato. Além, disso, como uma das principais questões a serem debatidas diz respeito à consequência aplicável à incapacidade das partes de chegarem a um acordo, a cláusula contém duas opções dentre as quais as partes devem escolher: adaptação ou resolução. Assim, almeja-se conferir uma maior segurança quanto ao desfecho da cláusula na ocasião de seu insucesso.

Nesse sentido, dispõe a cláusula modelo:

1. Uma parte de um contrato é obrigada a cumprir suas obrigações contratuais mesmo que os eventos tenham tornado a execução mais onerosa do que poderia razoavelmente ter sido previsto no momento da celebração do contrato.

2. Sem prejuízo do disposto no item 1 desta Cláusula, quando uma das partes do contrato provar que:

a) o cumprimento continuado de seus deveres contratuais tornou-se excessivamente oneroso devido a um evento além de seu controle razoável que não poderia razoavelmente esperar que fosse levado em consideração no momento da celebração do contrato; e esta

b) não poderia razoavelmente ter evitado ou superado o evento ou suas consequências, as partes ficam obrigadas, dentro de um prazo razoável da invocação desta Cláusula, a **negociar termos contratuais alternativos que permitam razoavelmente superar as consequências do evento.**

O item 3 da redação, disposto a seguir, trata da situação em que as partes não conseguem acordar termos contratuais alternativos. Nesse caso, existem basicamente duas opções: rescisão contratual por uma das partes, ou adaptação ou rescisão pelo juiz ou árbitro com jurisdição sobre o contrato. Na opção A, a parte que invoca a dificuldade terá o direito de rescindir o contrato por sua iniciativa. De acordo com a opção B (que é admitida em várias leis nacionais, bem como nos Princípios Unidroit), as partes têm o direito de solicitar a um juiz ou árbitro que adapte ou rescinda o contrato. Se a opção B for considerada inadequada pelos contratantes, que temem a adequação do equilíbrio contratual por terceiro (juiz ou árbitro), as partes podem optar pela redação A ou C, que não envolvem a adaptação do contrato:

3 A. Parte pode rescindir

Nos casos em que se aplique o item 2 desta Cláusula, mas as partes não tenham conseguido acordar termos contratuais alternativos conforme previsto naquele parágrafo, a parte que invoca esta Cláusula tem o direito de rescindir o contrato, mas não pode solicitar a adaptação sem o acordo da outra parte.

3 B. O juiz adapta ou rescinde

Nos casos em que se aplique o item 2 desta Cláusula, mas as partes não tenham conseguido acordar termos contratuais alternativos conforme previsto naquele parágrafo, qualquer uma das partes tem o direito de solicitar ao juiz ou árbitro que adapte ou rescinda o contrato, conforme o caso.

3 C. Juiz para encerrar

Nos casos em que se aplique o item 2 desta Cláusula, mas se as partes não tenham conseguido chegar a acordo sobre termos contratuais alternativos previstos naquele parágrafo, qualquer uma das partes tem o direito de solicitar ao juiz ou árbitro que declare a rescisão do contrato.

Assim, é possível que os contratantes utilizem as opções contidas na sugestão de redação como baliza e a modifiquem conforme o caso concreto envolvendo a contratação que pretendem, evitando fazer um uso generalizado da cláusula sem adequá-la à sua situação.²³⁶

Importante pontuar que esta cláusula padrão foi atualizada em março de 2020 em razão dos efeitos econômicos ocasionados pela pandemia de Covid-19, que afetou a capacidade de inúmeras empresas em cumprir suas obrigações previstas em contratos comerciais. Com a preocupação de oferecer algum amparo a esses casos, a CCI atualizou as cláusulas modelo de força maior e *hardship*, e lançou um documento de orientação a empresas para melhor compreensão e utilização, no contexto de crise, das regras sugeridas.²³⁷ As novas versões das cláusulas atualizam as versões de 2003²³⁸, refletindo a necessidade de uma apresentação mais simples da redação e da ampliação de opções para atender às necessidades de empresas em contextos distintos.

A maior inovação da nova publicação em relação à cláusula de *hardship* foi a apresentação expressa de opções para a rescisão e readequação dos contratos nos casos de insucesso da renegociação.²³⁹ Similarmente à versão de 2020, a versão de 2003 continha três parágrafos, sendo os dois primeiros iguais à atual. O terceiro parágrafo foi o que se alterou com a nova versão, passando a exibir a opção de adaptação dos termos do contrato quando, antes, apenas continha a previsão de resolução. Ele também passou a apresentar os três subparágrafos destacados acima, que oferecem as opções de adaptação ou término do contrato pelo árbitro ou juiz, ou término pela parte prejudicada.

Nota-se, com as novas diretrizes, uma preocupação maior, em se respeitar a vontade das partes quanto aos próximos passos da gestão do seu conflito, admitindo que há diversos caminhos possíveis e que a adaptação das prestações pelo árbitro ou pelo juiz não está fora de consideração.

²³⁶ Disponível em: <<https://cukurpartners.com/icc-has-updated-its-standard-force-majeure-and-hardship-clauses/>>. Acesso em 15/08/2022.

²³⁷ Disponível em: <<https://www.iccbrasil.org/icc-brasil-publica-clausulas-icc-de-forca-maior-e-hardship-em-portugues/>>. Acesso em 12/08/2022.

²³⁸ Disponível em: <<https://iccwbo.org/publication/icc-force-majeure-clause-2003icc-hardship-clause-2003/>>. Acesso em 20/07/2022.

²³⁹ Disponível em: <<https://iccwbo.org/publication/icc-force-majeure-and-hardship-clauses/>>. Acesso em 09/08/2022.

3.7 Casos estrangeiros

Assim como na jurisprudência brasileira, percebeu-se que, em âmbito internacional, há certa dificuldade em se encontrar casos que mencionam especificamente a cláusula de *hardship*, abordando seus efeitos e consequências. Isto ocorre provavelmente porque, como na visão dos participantes da pesquisa deste trabalho, a cláusula é um instrumento que tem o papel de abrir a negociação, mas raramente é objeto de execução específica ou de discussões sobre inadimplemento.

Assim, para que se expandisse a abrangência da pesquisa sobre decisões internacionais sobre a cláusula e se pudesse obter um maior número de resultados para a análise, foi utilizada plataforma de pesquisas com grande alcance e referência em jurisprudência internacional, e a pesquisa não foi limitada a determinados ordenamentos. Por isto, os resultados abaixo serão todos aqueles encontrados como resultado na plataforma, sem um recorte específico de países.

Mais especificamente, a pesquisa teve como objeto decisões internacionais que envolvam contratos com cláusulas de *hardship* ou renegociação, bem como decisões que não acatassem pedidos de readequação de contratos, em razão da inexistência de tais cláusulas; e foi realizada por meio do site Wolters Kluwer/Kluwer Arbitration²⁴⁰. Foram utilizados os seguintes filtros de busca: “awards”, “court decisions” e “models”. Para a busca, foram utilizadas as seguintes palavras-chave: “hardship clause” e “renegotiation clause”.

Em primeiro lugar, cita-se caso encontrado cujo objeto estava submetido às leis de Nova Iorque. O caso foi o *Borregaard Indus., Ltd. vs. AMRI Rensselaer, Inc.*²⁴¹, e se refere a um contexto em que havia uma cláusula de *hardship*, mas o árbitro entendeu que ela não poderia ser invocada para o descumprimento da obrigação da parte prejudicada pelo *hardship*, uma vez que não estavam cumpridos os requisitos estabelecidos, que seriam: a adversidade não era imprevisível; não havia causado injusto prejuízo; e a parte não havia tentado negociar o contrato. Vejamos um trecho do relatório:

The Respondent, AMRI Rensselaer, Inc. (“AMRI”) gave notice to the Claimant, Borregaard Industries Limited, Borregaard Synthesis (“Borregaard”), on August 19, 2009, that it was canceling the Purchase Agreement between the parties dated January 1, 2009, pursuant to Section 11 (the “Hardship Clause”). (...) I hold that AMRI wrongfully repudiated and canceled the contract entitling Borregaard to recover damages.

²⁴⁰ Disponível em: <https://www.kluwerarbitration.com/>. Último acesso em 26/07/2022.

²⁴¹ Jurisdição: Estados Unidos. Organização: International Centre for Dispute Resolution. Árbitro: Dana H. Freyer, Sole Arbitrator. Data do caso: 12 de outubro de 2010. Número do caso - ICDR Case No. 50 122 T 00481 09 (Final Award). Partes: Requerentes - Borregaard Indus., Ltd. e Borregaard Synthesis; Requerido - AMRI Rensselaer, Inc. ICDR Case No. 50 122 T 00481 09, 12 October 2010.

A cláusula de *hardship*, transcrita na decisão, determinada o seguinte:

HARDSHIP. Either party may request that the contract be re-opened for discussion when execution of the contract presents an economic hardship brought about by unforeseen circumstances. If, at any time before the agreed delivery of Product, there is a substantial change in demand, economic, technological or market conditions which has made or will make it unfair or unreasonable for either Party to perform its obligations under the Agreement (but which is not a Force Majeure event), the affected Party shall request to hold a meeting in order to negotiate a fair adjustment of the terms and conditions of the Agreement. This meeting shall be held within fifteen days of the request. If the Parties cannot agree on the said adjustment, the affected Party may, at its option, cancel the Agreement or the affected order (s) with immediate effect by sending a written notice to the Other Party. Such cancellation shall not in itself give the Other Party any right to claim damages for losses. The Parties have seven days following the meeting to arrive at agreement. If after seven days, agreement is not reached, the affected Party may cancel Agreement or the affected order (s). Notwithstanding the foregoing, any work in progress or Product in transit shall not be subject to such cancellation.

No caso em análise, as partes firmaram um contrato que previa que a empresa AMRI comprasse da empresa Borregaard um mínimo de 600 toneladas métricas de um produto chamado APD por ano civil durante um período de dois anos.

A AMRI, antes e depois de executar o acordo, estava procurando encontrar um fornecedor de APD a um preço mais baixo do que o preço do contrato que negociou com a Borregaard, para que pudesse sair de seu contrato com a Borregaard. Na época em que a AMRI entrou no acordo, não tinha outras fontes além da Borregaard que pudessem fornecer as quantidades de APD de que precisava e, portanto, concordou em pagar à Borregaard um preço mais alto do que gostaria para garantir a segurança do fornecimento, o que era essencial para os seus negócios.

Então, as partes incluíram no contrato uma cláusula de concorrência que conferiu à Borregaard o direito de igualar a oferta “firme” que outro fornecedor fizesse por um preço mais baixo e à AMRI o direito de rescindir o contrato se a Borregaard não o fizesse.

Ocorre que em 30 de julho de 2009, em vez de invocar a cláusula de concorrência, a AMRI invocou a *Hardship Clause* para buscar rescindir o contrato, tendo comprado apenas 180 das 1200 toneladas métricas de APD às quais se vinculou.

Durante suas discussões subsequentes com a Borregaard, a AMRI afirmou que a redução na compra de seus produtos por seus clientes estava motivando sua decisão de rescindir o acordo. A Borregaard, então, ofereceu uma redução no volume de compras de APD pela AMRI em 25%, correspondentes à redução da demanda dos produtos da AMRI, proposta que foi rejeitada por esta.

Em seguida, a AMRI notificou formalmente a Borregaard de que estava rescindindo imediatamente o contrato de compra com base na *Hardship Clause*. Os motivos declarados para a rescisão foram as dificuldades econômicas que a AMRI supostamente sofreu devido a (i) uma redução na demanda pelo produto da AMRI; (ii) o agravamento da economia global; e (iii) “mudanças nas condições de mercado”, ou seja, a perspectiva de que preços mais baixos para quantidades comerciais de APD estivessem se tornando disponíveis.

A Borregaard afirmou, então, que a rescisão da AMRI sob a cláusula de *hardship* era inválida, na medida em que os motivos da AMRI para cancelar o acordo não atendiam aos requisitos da cláusula. A Borregaard afirmou, também, que a AMRI pretendia, desde o momento em que entrou no acordo, descumpri-lo assim que tivesse uma fonte de fornecimento de menor custo e que seus motivos para invocar a cláusula de *hardship* eram apenas um pretexto para tal.

O árbitro único entendeu que, para evitar a responsabilidade pela quebra do contrato, a AMRI deveria mostrar que: (i) o termo “circunstâncias imprevistas” na primeira frase da *Hardship Clause* se aplicaria apenas às disposições dessa parte da cláusula, não sendo um requisito para o seu uso como um todo; ou uma ou mais “dificuldades” nas quais a rescisão se baseou eram de fato “imprevistas”; (ii) uma ou mais “dificuldades” tornaram “injusto ou incoerente” para a AMRI cumprir suas obrigações; e (iii) a AMRI, de boa-fé, tentou “negociar um ajuste justo aos termos e condições do acordo”.

As partes também contestaram o significado da *Hardship Clause*. A AMRI argumentou que a primeira e a segunda frases da cláusula fornecem formas separadas de alívio às dificuldades e não têm conexão comum uma com a outra. Alegou que a primeira frase apenas conferia o direito de solicitar a reabertura do contrato para discussão se “circunstâncias imprevistas” resultassem em “dificuldades econômicas” — sem apresentar uma solução para essa situação, caso as discussões fossem improdutivas. O restante da cláusula, como argumentou a AMRI, conferiria o direito de rescindir o contrato na ausência de um acordo de ajuste, se outras circunstâncias acontecessem, fossem elas imprevistas ou não. A Borregaard sustentou que a primeira frase estaria integrada ao restante da cláusula e, como resultado, o termo “circunstâncias imprevistas” se aplicaria à totalidade das disposições do dispositivo, exigindo assim que a AMRI demonstrasse que os motivos em que baseou sua rescisão eram imprevistos.

O árbitro único entendeu que a primeira frase e as demais disposições da *Hardship Clause* estavam integradas, então deveriam ser lidas em conjunto, e que as condições descritas na segunda frase são os tipos de “dificuldades econômicas” que, se surgissem de circunstâncias

imprevistas e tornassem injusto ou incoerente para uma parte cumprir suas obrigações nos termos do acordo, dariam a ela o direito de rescisão.

No caso, a cláusula de concorrência forneceu um mecanismo específico para lidar com a disponibilidade antecipada de preços mais baixos. Assim, o testemunho e as evidências documentais deixam claro que a AMRI previa a possibilidade de preços menores se tornarem disponíveis para quantidades comerciais de APD.

Ademais, foi decidido que, como a AMRI informou uma motivação para o não cumprimento de suas obrigações, ela própria teria o ônus de provar tal injustiça ou impossibilidade.

Contudo, a AMRI não conseguiu atender a essa responsabilidade. Não ofereceu nenhuma evidência sobre qual era o impacto específico causado por seus pagamentos à Borregaard ou quais consequências nas suas receitas e operações teria o seu desempenho contínuo do acordo. Como argumenta a Borregaard, não configura situação injusta ou incoerente, por si só, que uma parte incorra em custos mais altos ou ganhe menos dinheiro do que o esperado sob um contrato, ou até mesmo que corra o risco de perder dinheiro. Também não é injusto ou incoerente para uma parte pagar um preço mais alto pelo fornecimento seguro de um produto, especialmente em situações em que é incerto quando, ou até mesmo se, fontes a preços mais baixos seriam capazes de entregar o produto.

Além disso, argumentou-se que, embora a *Hardship Clause* não exigisse que as partes concordassem com um ajuste, implícito na obrigação de “negociar um ajuste justo” estaria o dever que existe em todos os contratos comerciais de negociar de boa-fé. Neste quesito, registrou-se que a AMRI não apresentou nenhuma proposta de reajuste na reunião em que informou que rescindiria o Contrato.

Então, uma vez que a AMRI não se esforçou de boa-fé para negociar um ajuste justo dos termos do acordo; que os supostos motivos da AMRI para invocar *Hardship Clause* tinham certa previsibilidade; e que a AMRI não teve êxito em demonstrar que as “dificuldades” que alegou tornaram injusto ou incoerente para ela executar sua obrigação, o árbitro entendeu que a rescisão do contrato de compra foi indevida e violou o contrato. Assim, a AMRI foi considerada responsável perante a Borregaard pelos danos que esta sofreu como resultado.

Em seguida, serão analisados dois casos encontrados que tiveram como base o Direito Inglês. Notou-se que as cortes inglesas vêm reconhecendo o efeito das cláusulas de *hardship*, desde que elas sejam redigidas com certeza suficiente para que sejam capazes de ser executadas. Entende-se que elas devem capturar adequadamente a natureza e o efeito das adversidades que desejam abarcar. A definição de *hardship* nessas cláusulas varia de referências gerais a *hardship*

e “onerosidade excessiva”, na capacidade de desempenho das partes, até definições mais restritivas que especificam limites financeiros específicos que, se excedidos, acionariam a cláusula.

O primeiro caso, neste sentido, é o *Superior Overseas Development Corp. vs.. British Gas Corp*²⁴², cujos trechos principais serão transcritos a seguir:

The lower court held: "the adjustment of the price should only be such as to remove the substantial element of any substantial hardship and thus reduce any substantial hardship to mere hardship. The adjustment should not go further and remove all hardship."

The court began by defining "substantial economic hardship": "A substantial change in economic circumstances means something more than ordinary everyday variations which were current in the late '60s. 'Substantial hardship' must mean something more than difficulties arising from day-to-day economic variations. It must have a real impact and not be a mere transient effect."

The court then proceeded to explain why all hardships should be compensated: "Having found that the party was suffering from substantial hardship, it is next necessary to determine what adjustment to the price is justified to 'offset or alleviate the said hardship.' In my opinion the said hardship refers to the substantial hardship mentioned earlier in the clause, and offsetting or alleviating refers to a condition of normality, that is to say without hardship, not merely without the substantial part of the hardship".

No caso destacado, o significado de “*hardship*” foi debatido. A discussão envolvia um contrato de longo prazo de fornecimento de gás natural, que incluía uma cláusula de *hardship* a ser acionada em caso de “dificuldade econômica substancial”.

O caso considerou a construção de uma *hardship clause* típica. O termo “substancial *hardship*” foi usado para se referir a algo que não “acontece rapidamente ou está aqui hoje e amanhã não está mais”. Pelo contrário, a *hardship* ou dificuldade substancial é “pesada ou séria”, e se mantém uma vez instaurada. Por isso, uma vez que *hardship* ou dificuldades substanciais são encontradas, a solução envolve compensar ou aliviar a totalidade de tais dificuldades sofridas. Houve uma discussão sobre se as dificuldades econômicas deveriam ser consideradas apenas no nível do contrato ou no contexto da saúde financeira geral da parte afetada, o que, ao final, não ficou claro.

Segundo a decisão, cláusulas de *hardship* também devem garantir que qualquer incapacidade entre as partes de concordar com um ajuste no preço do contrato deva ser

²⁴² Jurisdição: Inglaterra e País de Gales. Corte: Court of Appeal (Civil Division). Juízes: Lord Justice Waller, Lord Justice Donaldson, Lord Justice Ackner (Per Lord Justice Waller). Data do julgamento: 28 de julho de 1981. Citação do julgamento: (vLex) - [1981] EWCA Civ J0728-2. Número Docket: 81/0316 1981 P No 938 1981 B No 1271. *Superior Overseas Development Corp. v. British Gas Corp.*, [1982] 1 Lloyd's Rep. 262 (C.A.).

encaminhada a um terceiro independente, para que ele determine qual deve ser o ajuste a ser realizado. Segundo o juiz, isso evitaria que a cláusula fosse considerada inexecutável devido à falta de certeza ou detalhe. Além disso, foi considerado que a *hardship clause* também precisa ter critérios objetivos para permitir que o terceiro determine o ajuste necessário.

O outro caso encontrado que se baseou no Direito Inglês foi o *Associated British Ports vs. Tata Steel UK Limited*²⁴³. Na disputa, a cláusula 22 do contrato de licença portuária estabelecia que “no caso de qualquer grande mudança física ou financeira nas circunstâncias que afetem a operação” das siderúrgicas no porto de propriedade da Associated British Ports (ABP), qualquer uma das partes poderia exigir que os termos do acordo fossem renegociados a qualquer momento, a partir de 15 de setembro de 2007. Se as partes não chegassem a um acordo dentro de seis meses, a disputa seria encaminhada a um terceiro para determinar alterações razoáveis a serem feitas.

Anos depois, em fevereiro de 2016, a Tata Steel (Tata) procurou se basear na cláusula 22 para pleitear uma repactuação do contrato, argumentando que uma grande mudança financeira nas circunstâncias havia afetado a operação de sua siderurgia no porto de propriedade da ABP e que os termos da licença deveriam ser renegociados. A Tata apontou várias alterações nos termos da licença, incluindo uma redução substancial na taxa a se pagar pelo uso do porto.

A ABP argumentou que a cláusula deveria ser anulada por “incerteza”, devido ao fato gerador (“*any major physical or financial change in circumstances*”) ser muito incerto para criar uma obrigação vinculante de encaminhar uma disputa à arbitragem. A ABP também alegou que não havia critérios objetivos ou critérios objetivos insuficientes para orientar um árbitro na decisão de como alterar os termos da licença.

O juiz rejeitou esse argumento, entendendo que a disputa foi gerada não por uma cláusula genérica, mas dentro de parâmetros específicos, incluindo: os termos existentes da licença, a natureza das mudanças físicas ou financeiras nas circunstâncias e as alegações das partes. A cláusula era, portanto, suficientemente cheia e específica para criar obrigações juridicamente vinculantes às partes de encaminhar disputas à arbitragem e, assim foi considerada válida e eficaz. Ao chegar a esta decisão, o juiz observou que o contrato se enquadrava na categoria de casos que diziam respeito a contratos comerciais que já haviam sido substancialmente executados e, portanto, deveria ser limitada a possibilidade de se considerar a cláusula nula por incerteza.

²⁴³ Jurisdição: Inglaterra e País de Gales. Corte: Chancery Division. Juíza: Mrs Justice Rose. Data do julgamento: 03 de abril de 2017. Citação neutra: [2017] EWHC 694 (Ch). Número Docket: HC-2016-002965. *Associated British Ports v. Tata Steel UK Limited*.

O juiz também observou que não foi difícil determinar o sentido comercial por trás da cláusula 22. Considerou que, claramente, as partes não teriam entrado em um contrato de 25 anos de duração com a intenção de que seus termos não fossem contestados por todo o prazo. O juiz comentou que, desde que fosse possível determinar algumas mudanças que se enquadrassem no escopo de “grande alteração física ou financeira das circunstâncias” e algumas que estivessem claramente fora dele, a frase era suficientemente certa para ser exequível, embora pudesse ser difícil, em abstrato, traçar a divisão precisa entre as mudanças que cabem em cada lado dessa linha.

Portanto, foi determinado que o texto da cláusula 22 era suficientemente certo para criar uma obrigação vinculante para as partes de encaminhar uma disputa à arbitragem.

Essa decisão destaca a abordagem dos tribunais para dar efeito à intenção das partes em contratos comerciais sempre que possível e, também, a dificuldade em persuadir um tribunal a entender que um contrato comercial é nulo por incerteza. Isto parece ser particularmente relevante nos casos em que o contrato foi substancialmente ou parcialmente executado.

Esse entendimento também é consistente com a jurisprudência recente, uma vez que os tribunais ingleses têm se mostrado mais inclinados a dar efeito ao texto dos contratos sempre que possível. É fato que de acordo com a lei inglesa, ao avaliar contratos comerciais, um contrato pode ser considerado nulo e inexecutável se seus termos não tiverem certeza. No entanto, os tribunais geralmente se esforçam para dar significado e efeito ao contrato e, se necessário, implicam em termos razoáveis para evitar uma decisão de incerteza.

Passando adiante, serão listados, a seguir, três casos encontrados que tiveram julgamento perante a CCI. O primeiro caso a ser analisado será o Xanadu (vendedor e requerente) vs. Utopia (comprador e requerido)²⁴⁴. Nessa disputa, havia, no contrato, uma cláusula de *hardship*, mas o árbitro entendeu que ela não poderia ser invocada no caso, pelo fato de que a adversidade relatada pela parte era uma mera dificuldade econômica. Vejamos alguns trechos relevantes:

(Article 7 of the Contract is a ‘force majeure’ clause in the following terms): “ICC Force Majeure Clause 2003 and ICC Hardship Clause 2003 according to ICC publication 650 to apply.”

“For the reasons given in relation to the 2003 ICC Force Majeure Clause, general financial difficulty does not qualify as a cause of exculpatory hardship under the 2003 ICC Hardship Clause either.”

“For the greater reason therefore, the ICC Hardship Clause does not avail the Respondent”.

²⁴⁴ Organização: International Court of Arbitration of the International Chamber of Commerce. Seller (Xanadu) v. Buyer (Utopia) (Final Award), ICC Case No. ICC-FA-2021-067, 2021.

O caso se referiu à seguinte situação: requerente e requerido firmaram um contrato por meio do qual o requerente vendeu ao requerido certos produtos de aço (a seguir referidos como “mercadorias”). O contrato continha uma cláusula de força maior que se referia à cláusula padrão da CCI, já exposta no tópico anterior: “ICC Force Majeure Clause 2003 and ICC Hardship Clause 2003 according to ICC publication 650 to apply”. Também, previa juros de 12% ao ano em caso de atraso no pagamento; que todos os custos “decorrentes da necessária intervenção de terceiros para reclamar o atraso no pagamento” seriam suportados pelo comprador; que o Direito Suíço se aplicava à relação; e que as disputas deveriam ser resolvidas por arbitragem em Zurique, sob as Regras de Arbitragem da CCI.

O requerente havia enviado as mercadorias para um porto em um terceiro país. As mercadorias foram devidamente entregues a um funcionário do requerido, mas foram apreendidas em um ponto de alfândega. O requerido efetuou parte dos pagamentos pelas mercadorias ao requerente nos termos do contrato, mas uma certa quantia permaneceu pendente. O requerente, então, iniciou a arbitragem na CCI conforme previsto no contrato, buscando o pagamento da quantia que permanecia em dívida, juntamente com os juros e os honorários advocatícios pré-contenciosos incorridos em relação ao pagamento atrasado.

Para justificar o descumprimento da sua obrigação de pagamento, o requerido invocou a cláusula de força maior constante do contrato, alegando que a mercadoria tinha sido apreendida pelas autoridades aduaneiras no porto de chegada, após ter sido entregue ao requerido. A alegação de que houve um evento de força maior que se enquadrasse na definição do contrato falhou. O árbitro observou que a cláusula incorporou por referência as proteções de força maior da *ICC Force Majeure Clause 2003* e da *ICC Hardship Clause 2003*, e concluiu que nenhum dos instrumentos se aplicaria no caso do requerido. Este alegou que a apreensão das mercadorias causou perdas relevantes, mas, em contrapartida, o árbitro argumentou que isso apenas sugeria que o requerido estava passando por problemas financeiros. Tais problemas não eram um impedimento ao cumprimento de suas obrigações sob a *ICC Force Majeure Clause 2003* ou a *ICC Hardship Clause 2003*. O requerido tampouco conseguiu provar que o evento estava além de seu controle razoável ou que tornou sua execução excessivamente onerosa.

O árbitro não aplicou o art. 79 da CISG, que também prevê escusas de responsabilidade para casos de força maior, explicando que, ao incorporar expressamente a cláusula da ICC no contrato, as partes excluíram a aplicabilidade desse artigo da CISG. Explicou também que, ainda que as partes não tivessem excluído o art. 79, o requerido não teria obtido assistência

dele, uma vez que problemas financeiros não eram um impedimento para o cumprimento de obrigações contratuais segundo esse dispositivo.

O segundo caso encontrado que teve julgamento perante a CCI foi o *Worldlink Resources Ltd. vs. Bloom Lake General Partner Ltd. et al*²⁴⁵. Essa foi uma situação de um contrato que não continha a cláusula de *hardship*. Na opinião do tribunal arbitral, embora a metodologia de preços BLP — usada para calcular os preços da mercadoria fornecida — se baseie em variáveis que aparecem periodicamente em informações publicadas ou publicamente acessíveis (como a Platts), precisamente destinadas a capturar variações de preços de mercado, ela prevê bases fixas para a cálculo da mercadoria somente dentro dos limites flexíveis permitidos por tais variáveis. As disposições de preços do contrato, especificamente adotadas pelas partes (que são operadoras sofisticadas no mercado de concentrado de minério de ferro) precisamente para capturar tais flutuações de mercado, não eram abertas, nem permitiam flexibilidade ilimitada para responder às flutuações. Foi considerado que uma modificação da metodologia de preços BLP, na ausência de uma *Hardship Clause*, só seria possível se as partes concordassem livremente em modificá-lo, sem que o contrato impusesse uma obrigação às partes de fazê-lo, mesmo que mudanças nas condições de mercado indicassem que tais variáveis não mais refletem os preços de mercado para a mercadoria.

O terceiro caso analisado foi julgado com base no Direito Belga, e recebeu o nome de *TMCO Ltd. vs. Green Light Energy Solutions R&D Corp*²⁴⁶. Nessa disputa, o tribunal arbitral entendeu que, na ausência de uma *Hardship Clause*, a teoria da imprevisão não é reconhecida pela lei belga. Por isso, supostas dificuldades financeiras ou mudanças nas circunstâncias não prejudicam ou limitam de forma alguma o direito da parte adimplente de solicitar a execução da contraprestação. Abaixo foram destacados alguns trechos:

[...] the concept of pacta sunt servanda as set out in Article 1134 of the Belgian Civil Code entails that a party remains liable for its contractual obligations, even if that party no longer wishes to be, or if the contract is no longer in that party's best interests. The “theory of imprévision”, which entails that changing economic circumstances may constitute a ground to re-open a transaction, is not recognized under Belgian law (in the absence of an express hardship clause). This position is widely accepted by Belgian doctrine and Belgian courts and has been acknowledged repeatedly by the Belgian Supreme Court. In 1994, the Belgian Supreme Court expressly stated that:

²⁴⁵ Organização: International Court of Arbitration of the International Chamber of Commerce. Árbitros: Horacio Alberto Grigera Naón, Presidente do tribunal arbitral; Paul M. Singer, Co-Árbitro; Michael J. Moser, Co-Árbitro. Data do caso: 11 de junho de 2014 (Final Award). Partes: Requerente, Worldlink Resources Ltd; Requerido, Bloom Lake General Partner Ltd et al. Número do caso: 18209/VRO/AGF/ZF (c. 18251/VRO/AGF).

²⁴⁶ Organização: International Court of Arbitration of the International Chamber of Commerce. Data do caso: 20 de janeiro de 2016. Partes: Requerente, TMCO Ltd.; Requerido, Green Light Energy Solutions R&D Corp. (Final Award).

“the rule to execute contracts in good faith does not imply that a creditor, when new and unforeseeable circumstances occur that make the execution of the agreement difficult for the debtor, may no longer require execution of the original payment obligations”.

Em resumo, a controvérsia foi gerada por um contrato assinado em fevereiro de 2012, por meio do qual a TMCO (requerente) deveria produzir peças de equipamento e a GREEN LIGHT (requerida) deveria comprá-las. Na mesma data, a requerente e a requerida também assinaram um documento intitulado “Condições Especiais de Venda de Produtos Nº 1” (“Contrato”) e um documento intitulado “Especificação Nº 1”, que faz parte do Contrato.

Em novembro de 2012, a Requerente e a Requerida assinaram um aditamento ao Contrato, que permitiu à GREEN LIGHT tempo adicional para pagar pelas peças. Nos termos do Contrato, a TMCO se comprometeu a produzir e a GREEN LIGHT se comprometeu a comprar as peças em 14 (quatorze) conjuntos idênticos. Após a conclusão de um conjunto de peças, a TMCO deveria produzir uma notificação por escrito informando a GREEN LIGHT sobre a conclusão da fabricação. Dentro de 10 dias a partir do recebimento dessa notificação, a GREEN LIGHT era obrigada a enviar uma notificação por escrito de aceitação das peças, especificando a data de chegada para o carregamento. A GREEN LIGHT foi obrigada a pagar um adiantamento de 25% antes de a TMCO iniciar o processo de fabricação; e o saldo foi pago no prazo de cinco dias após o recebimento da notificação da conclusão da fabricação.

Em julho de 2012, a TMCO concluiu a fabricação dos dois primeiros conjuntos de peças e, no dia 20, enviou a notificação de conclusão da fabricação, convidando a GREEN LIGHT a enviar suas instruções para recebimento desses dois conjuntos. A GREEN LIGHT não cumpriu com suas obrigações de pagamento e não enviou uma notificação de aceitação das peças.

Em seguida, em novembro de 2012, a TMCO e a GREEN LIGHT concordaram com uma alteração que estendeu a data de entrega do primeiro conjunto de peças para 31 de março de 2013 e do segundo conjunto para 30 de abril de 2013. No entanto, apesar do período prolongado, a GREEN LIGHT nunca efetuou o pagamento.

A partir de então, surgiu a disputa entre a requerente e a requerida em relação ao não pagamento dos primeiros dois conjuntos e a quebra do contrato em relação aos doze conjuntos restantes.

Em janeiro de 2016, o árbitro único emitiu a sentença, decidindo que, entre outras coisas, o contrato estaria rescindido em relação aos doze conjuntos faltantes, pelo que caberia indenização à requerente. Mencionando expressamente a ausência de uma cláusula de *hardship*,

o árbitro entendeu que não havia vontade das partes em repactuar as prestações acordadas, e este foi um dos motivos para que embasasse a sua decisão em terminar o contrato.

Em seguida, foi encontrado, também, julgamento baseado no Direito Americano, que abordou contrato no qual havia uma cláusula de *hardship*. O caso é o Hvide Shipping, Inc. (proprietária) vs. Diamond Shamrock Corp. (afretador)²⁴⁷, e a parte relevante da sentença será destacada abaixo:

O mesmo deve ser dito da Proposta de Dificuldade do Período Experimental. Não é necessário decidir nesta fase da arbitragem se este Contrato foi violado e se qualquer reclamação sob o Contrato como tal está sujeita a arbitragem. Na medida em que o Proprietário confia no Contrato como estabelecendo um curso de desempenho que garante uma interpretação da cláusula de reajuste consistente com a posição do Proprietário ou, alternativamente, a reforma da cláusula, não encontramos base para apoiar o caso do Proprietário. O Contrato contemplava claramente pagamentos suplementares de 'dificuldades' ao Proprietário e um meio para acumular dados adicionais sobre os quais o Afretador poderia avaliar as demandas do Proprietário por mais Aluguel Operacional. Nem a elaboração da proposta do Período de Teste nem o envio de Aluguel Operacional extra pode ser dito que o Afretador agiu de forma inconsistente com sua posição atual neste caso. Em todos os momentos, o Afretador estava claramente ciente de certas obrigações sob a Hardship Clause e da necessidade prática de conceder ao Proprietário alívio suficiente para evitar colapso. A Proposta do Período Experimental é consistente com a abordagem dessas preocupações e, certamente, com a intenção de chegar a uma solução negociada da disputa geral. Finalmente, em sua face, foi por um período limitado e estava expressamente sujeito às partes conseguirem uma emenda escrita à Carta. Lamentavelmente, isso não foi realizado.

No caso em tela, a Hvide Shipping, Incorporated (proprietária), celebrou um Contrato por meio do qual construiu uma unidade integrada de rebocadores e barcas chamada “Catug”, e afretou por tempo a Catug para Diamond Shamrock Corporation (afretadora), para uso por um período de um ano. Como a Catug tinha mais capacidade do que o necessário para a carga do afretador, o proprietário sugeriu, como incentivo à celebração do Contrato, que o afretador pudesse utilizar o excesso de capacidade para transportar cargas de terceiros e obter um custo menor para o transporte de seu próprio produto. O contrato de afretamento dividiu o aluguel em “aluguel básico” e “aluguel operacional”, correspondentes ao retorno de capital e custos operacionais. O contrato de afretamento continha uma cláusula de reajuste que previa que

durante o prazo de afretamento, a contratação operacional pagável nos termos desta Carta[...] deve ser ajustada para refletir aumentos ou reduções nos custos de operação da embarcação do proprietário durante o ano civil anterior, e estimativas do custo de operação da embarcação do proprietário durante o próximo ano civil. O ajuste deve

²⁴⁷ Jurisdição: Estados Unidos. Organização: Society of Maritime Arbitrators. Árbitros: Nicholas J. Healy, Jr, Árbitro Presidente; Jack Berg, Co-Árbitro; Donald E. Zubrod, Co-Árbitro. Data do caso: 6 de junho de 1984. Número do caso: SMA Case No. 1985. Partes: Requerente, Hvide Shipping, Inc.; Requerido: Diamond Shamrock Corp. Partial Final Award.

ser realizado fazendo recálculos anuais de acordo com [fórmula extensa e detalhada estabelecida na cláusula].

O contrato de afretamento também continha uma *Hardship Clause*, que previa que

se o desempenho deste afretamento se tornar uma dificuldade econômica contínua para o proprietário ou para o afretador, essas partes concordam que, a pedido de qualquer uma delas, conferem entre si e consideram as possibilidades de aliviar tais dificuldades.

A construção da Catug foi iniciada somente após a contratação do afretamento, e se mostrou mais cara e demorada do que o previsto. Proprietário e afretador concordaram, de acordo com a *Hardship Clause*, que o afretador absorveria a maior parte dos custos excedentes por meio de aumentos no aluguel básico. Além disso, a experiência de outro contrato de longo prazo com um terceiro levou o proprietário a buscar aumentos no aluguel operacional. Após negociações prolongadas, o proprietário e o afretador incorporaram esses aumentos na cláusula de reajuste, ajustando a fórmula de reajuste. Os aumentos não atenderam aos custos operacionais reais experimentados pelo proprietário e este, então, buscou grandes aumentos adicionais no aluguel operacional. As partes celebraram uma “Proposta de *Hardship* para Período Experimental” (*Trial Period Hardship Proposal*) sob a qual o afretador pagou acréscimos temporários ao aluguel operacional em troca de documentação a ser usada na avaliação do direito do proprietário de obter aumentos no aluguel operacional sob a cláusula de *hardship*. A “Proposta de *Harship* para o Período Experimental” previa que as partes negociariam um aditivo ao contrato após a conclusão do período experimental.

As partes recorreram à arbitragem quando não conseguiram concordar com um aditivo. O proprietário alegou que tinha direito, de acordo com a cláusula de reajuste, aos aumentos que reivindicou no aluguel operacional e solicitou a reforma da fórmula de reajuste com base em erro mútuo para refletir esses aumentos. O proprietário também reivindicou aumentos no aluguel operacional sob a *Hardship Clause*.

O tribunal arbitral emitiu uma sentença final parcial descartando a reivindicação do proprietário sob a cláusula de reajuste e permaneceu constituído para resolver a reivindicação do proprietário sob a *Hardship Clause*.

A questão perante o painel era se a cláusula de reajuste daria ao proprietário o direito de ser compensado na locação operacional por todos os aumentos de custos causados por outros fatores além de sua própria negligência ou ineficiência, incluindo aumentos devido a dificuldades operacionais, ou meramente ser compensado por aumentos na locação operacional

devido à inflação. O tribunal arbitral considerou que a cláusula de reajuste dava direito ao proprietário de ser compensado apenas por aumentos de custos inflacionários e negou a reivindicação do proprietário de reforma da fórmula de reajuste.

Por fim, menciona-se caso decidido há muitos anos pela Cour d'Appel de Paris em um precedente paradigmático, o “caso E.D.F vs. Shell”. Esse caso é utilizado como exemplo por diversos autores que pesquisam sobre a cláusula de *hardship*²⁴⁸, por ser um tribunal que considerou obrigatório o cumprimento do dever de negociação e forneceu os meios para executá-la.

O litígio envolvia um *hardship* que se abateu sobre um contrato de fornecimento, que foi desequilibrado pelo aumento de mais de 500% nos preços do petróleo. O instrumento, que tinha uma cláusula que obrigava as partes à renegociação em casos assim, não indicava nenhum procedimento específico para elas resolvessem impasses na negociação. Um acórdão de 28 de setembro de 1976 da mencionada Corte, considerando que as condições para a eficácia da cláusula de *hardship* estavam presentes no caso, obrigou as partes a renegociarem um novo acordo sobre o preço, sob a observação e auxílio de um observador.²⁴⁹ Em caso de impasse nas negociações orientadas pelo terceiro indicado, os juízes se reservaram o direito de apreciar as fórmulas propostas para a repactuação de preços e implementar aquela que fosse a mais adequada aos fins do contrato.²⁵⁰ Os juízes justificaram tal poder de injunção pela vontade declarada pelas partes de ter aquela relação prolongada no tempo ao pactuarem o contrato com a inserção da cláusula de *hardship*. A Corte acabou não utilizando essa prerrogativa, uma vez que as próprias partes lograram êxito em obter um acordo. Ainda assim, esse caso foi paradigmático para que a doutrina passasse a detectar a emergência de um dever de renegociação fundado na obrigação de agir segundo a boa-fé.²⁵¹ Depois disso, houve outras

²⁴⁸ CESARO, Vincenzo Maria. *op. cit.*, p. 251-253; GHESTIN, Jacques; BILLIAU, Marc. *Le prix dans les contrats de longue durée*. Paris: L.G.D.J., 1990, p. 139-140; ROUHETTE, Georges, La revision conventionnelle du contrat. IN: *Revue Internationale de Droit*, 38, COMPARÉ, p. 405-406, 1986; MESTRE, Jacques. Obligations et contrats spéciaux. 1. Obligations en général. I - Sources de l'obligation. A. - Le contrat. In : *Revue trimestrielle de droit civil*, Paris Sirey, 4/760, 1992; PICOD, Yves. L'Exigence de bonne foi dans l'exécution du contrat. Le juge et l'exécution du contrat. In: *Colloque I.D.A*, Aix-en Provence, 28.05.1993, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1993, p.58 e ss.; RUSSI, Luigi. Chronicles of a failure: from a renegotiation clause to arbitration of transnational contracts. In: *CONNECTICUT JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW* 24/111-112, Connecticut, University of Connecticut, 2009.

²⁴⁹ “(...) sous l'égide d'un observateur”. CA Paris, 28.09.1976 (JCP 1978, II, 18810).

²⁵⁰ ROUHETTE, Georges, *op. cit.*, p. 405-406.

²⁵¹ MESTRE, Jacques. *op. cit.*, ao fazer referência a dois precedentes da Cour de cassation (31.03.1992, Rev. jurispr. dr. aff. 1992, n. 552, p. 447; 25.02.1992, Bull. civ. V, n. 122, p. 74), relacionando-os com os “effets du contrat”; também em LASBORDES, Victoire. *Les contrats déséquilibrés*. Marseille: Puam, 2000, t. II, p. 630 e ss.

decisões que se basearam nos deveres derivados da boa-fé, especificamente no que dizia respeito à readequação dos contratos.²⁵²

Conclui-se, com a análise dos casos mais recentes tratados acima e deste caso paradigmático da Corte francesa, analisado por último, que, atualmente, em diversos países é amplamente aceita a ideia de a boa-fé manifestar-se durante a execução do contrato para determinar a sua forma de cumprimento, concretizando-se em obrigações específicas voltadas a preservar a finalidade à qual o contrato se propôs na sua formação.²⁵³ Contudo, tais obrigações são e devem ser sempre objeto de ponderação, buscando a sua harmonia com a autonomia privada que, antes de tudo, gerou a obrigação de renegociar.

²⁵² MESTRE, Jacques. *op. cit.*, Cf. também: LASBORDES, Victoire. *op. cit.*, e TERRANOVA, Carlo G. *op. cit.*, p. 248.

²⁵³ UDA, Giovanni Maria. L'Esecuzione del contratto secondo buona fede. In: *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, Parte II, Padova: CEDAM, 1992, p. 185 e ss; UDA, Giovanni Maria. *La buona fede nell'esecuzione del contratto*. Turim: Giapichelli, 2004. RIBEIRO, Joaquim de Souza. *A boa-fé como norma de validade*. Direito dos contratos: estudos. Coimbra: Ed. Coimbra, 2007.

4 CONCLUSÃO E REDAÇÃO DA CLÁUSULA

4.1 Conclusão

Por todo o exposto neste trabalho, conclui-se que a cláusula de *hardship* é um importante elemento dentro dos contratos e que vem ganhando destaque, apesar de ainda não existirem entendimentos sólidos sobre a forma de verificar seu adimplemento ou as consequências de seu inadimplemento. Porém, é justamente esta abertura interpretativa que, em conjunto com os atuais reforços à autonomia da vontade dos contratantes — como foi imposto, por exemplo, na Lei da Liberdade Econômica —, permite às partes dispor sobre as consequências que elas gostariam que fossem empregadas no caso de desequilíbrio superveniente do contrato e ter, assim, um controle maior sobre os seus impactos.

A opção por adicionar ao contrato uma cláusula de *hardship* libera, de certa forma, as partes da necessidade de calcular e alocar todos os riscos daquela contratação no momento de sua formação, possibilitando que exista um espaço para a distribuição posterior de riscos, quando as modificações das circunstâncias já forem conhecidas.

Viu-se, também, que a inclusão da cláusula permite que a obrigação de renegociar seja tratada com maior previsibilidade, garantindo uma maior segurança aos contratantes. Isto ocorre porque haverá menores possibilidades de eles se verem submetidos a um procedimento de renegociação com o qual não concordaram, como a renegociação derivada de um dever legal anexo da boa-fé objetiva, que, como viu-se no primeiro capítulo, é acolhida no Brasil por parte da doutrina; bem como porque terão a oportunidade de determinar, de forma bilateral e expressa, quais serão, efetivamente, as obrigações procedimentais às quais estarão submetidos, por quanto tempo, e quais serão os critérios e consequências da falha das negociações.

A previsibilidade e a segurança em relação a estes aspectos são importantes tanto para a parte prejudicada pelo *hardship* quanto para a que dele se beneficia. Para esta, porque será possível prever em que circunstâncias estará obrigada a renegociar e como poderá comprovar que esta obrigação foi cumprida, passando, assim, para a etapa seguinte; e, para aquela, porque haverá uma obrigação contratual expressa de que a contraparte deverá ouvir suas propostas e proceder de boa-fé à tentativa de renegociação, dispensando o emprego de recursos no reconhecimento legal deste dever.

É preciso estar atento, no entanto, aos interesses de cada parte no emprego da cláusula, para que se evite consequências indesejadas à constatação do desequilíbrio, como a mera protelação da resolução final do conflito. É por isto que se deve pensar com o devido cuidado

em todos os possíveis elementos deste instrumento, à luz das especificidades da relação contratual de que se está tratando e das intenções das partes. Neste sentido se propõe, no tópico abaixo, um breve guia de considerações a se fazer quando da elaboração da cláusula.

4.2 Proposta de pontos a serem abordados na redação da cláusula

Como foi introduzido acima, será abordada de forma sintética, a seguir, a possibilidade de haver um roteiro de redação ideal do dispositivo contratual objeto deste trabalho, ou pontos cruciais a serem elencados a depender das variações de cada caso concreto.

Há, na doutrina, como visto acima, quem enumere os elementos necessários na elaboração dessas cláusulas como sendo: “(i) os principais eventos que lhe dariam ensejo; (ii) as pessoas competentes para proceder à readaptação; (iii) as modalidades de negociação; e (iv) as consequências destas, ou seja, a possibilidade de intervenção de terceiros nas renegociações do contrato ou até mesmo as hipóteses de suspensão parcial ou total dos efeitos do contrato enquanto perdurar a renegociação”²⁵⁴.

No entanto, como visto ao longo de todo este trabalho, há uma larga variação de tratamentos possíveis conforme as diferentes possibilidades de redação e os diferentes contextos de cada contrato. Por isso, seria improvável haver um roteiro padrão a ser empregado indistintamente em todos os tipos de contrato para garantir a eficiência da cláusula. O que se percebeu é que é importante que os pontos principais sejam avaliados pelas partes para que a redação chegue o mais próximo possível de seus interesses ao inserir uma cláusula de *hardship* no acordo e elas não sejam surpreendidas por efeitos com os quais não concordaram. Por isso, a seguir, serão elencados os principais pontos para se avaliar se existem formas mais adequadas de redação em cada situação.

É fundamental apontar, antes de se adentrar o debate sobre cada ponto específico, que a maior ou menor precisão da redação da cláusula sempre prestigiará os interesses de uma parte ou de outra, sendo lógico que o contratante que estiver mais sujeito às alterações das circunstâncias será o que possuirá o maior interesse em fazer uso das suas prerrogativas de repactuação das prestações. Portanto, no emprego da cláusula pelos profissionais do direito, é necessário que se faça sempre um exercício de considerar os interesses do contratante que se está representando para entender se a ele será mais proveitosa uma redação mais ou menos fechada, com maior ou menor detalhamento sobre cada ponto, como será mencionado a seguir.

²⁵⁴ SILVEIRA, Vladimir Oliveira da. A Cláusula de *hardship* nos contratos de comércio internacional. In: *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, v. 65/2005, p. 243-275, nov.-dez / 2005, p. 17.

4.2.1 Eventos ensejadores e parâmetros de renegociação

Em primeiro lugar, parece ser prudente delimitar quais serão as situações em que será obrigatória a renegociação pela alteração no equilíbrio do contrato. A depender de qual parte se representa, é mais ou menos interessante que se faça um detalhamento preciso sobre os eventos que ensejarão a renegociação. Explica-se: o contratante sujeito a maiores alterações das circunstâncias provavelmente se beneficiará mais de uma cláusula de *hardship* aberta, que não menciona especificamente cada cenário que torna possível convocar a parte contrária para as renegociações. Por outro lado, à parte que é mais provável de se beneficiar ou de não ser atingida por alterações de mercado, clima, política, entre outras, interessa prever com maior precisão em quais eventos se poderá renegociar as obrigações da outra parte, justamente para que, em eventos que fujam do previsto, a interpretação do contrato leve a concluir que as obrigações devem continuar sendo normalmente cumpridas e que a eventual maior onerosidade que apresentem à parte prejudicada faz parte do risco de seus negócios.

Assim, a depender de que lado se está em uma relação contratual, se pode ponderar sobre o interesse ou não de se prever as situações de desequilíbrio específicas na cláusula de *hardship*. Como foi mencionado acima na pesquisa realizada com alguns advogados da área de contratos, uma redação breve que apenas institui um dever de renegociar no caso de alteração das circunstâncias basta para que a parte por ela prejudicada faça uso dessa prerrogativa para abrir o canal de comunicação e iniciar as tentativas de repactuar o acordo.

É preciso ter em mente, também, que, caso a cláusula ostente uma redação excessivamente fechada, com um grande detalhamento sobre as circunstâncias que causarão a repactuação de obrigações e preços, e, ainda, regras de alterações de preço, ela muito possivelmente não será conceituada como uma cláusula de *hardship*, mas como uma cláusula de reajuste automático. As cláusulas de *hardship* devem conter uma abertura, ainda que mínima, justamente para que não seja necessário prever todas as eventualidades às quais o contrato está sujeito, e permitir às partes realocar os riscos conforme o decorrer do tempo.

Por fim, viu-se neste trabalho que há interpretações na doutrina e na jurisprudência tanto considerando ser possível que a parte prejudicada pela alteração das circunstâncias suspenda o cumprimento de suas obrigações enquanto forem intentadas as negociações, quanto que deve continuar a cumpri-las nesse período. Também se discutiu a possibilidade de suspensão da cobrança de multa nesse caso, o que, da mesma forma, pode ser interpretado de maneiras distintas. Assim, é interessante que as partes prevejam no texto da cláusula se haverá ou não a

suspensão do cumprimento de obrigações e da cobrança de multa enquanto se submeterem aos procedimentos negociais, sob risco de dispenderm tempo e recursos para discutir se tais prerrogativas são ou não devidas no caso concreto.

4.2.2 Modalidades de renegociação

Pela observação dos resultados das pesquisas realizadas neste trabalho, percebeu-se que uma abertura em relação à forma com que se dará o processo de renegociação pode ser benéfico no caso de o objetivo ser tão somente garantir um espaço de comunicação para que se entre em negociações. Para a parte prejudicada pelo *hardship*, uma cláusula com este tipo de redação inexata quanto a procedimentos poderá ser vantajosa no sentido de permitir uma maior flexibilidade na abordagem à contraparte. Além disso, lhe permitirá um maior repertório de discussão em relação ao cumprimento ou descumprimento da obrigação de renegociar, que, uma vez indefinida, poderá assumir diversos contornos.

Por outro lado, ao contratante a quem mais interessar o cumprimento exato das obrigações sem adaptações, pode ser mais eficiente prever com exatidão qual será o rito observado para eventuais renegociações, para que se possa comprovar com objetividade que a renegociação foi intentada e não obteve sucesso, sendo ele liberado para prosseguir para o próximo método de resolução daquele conflito e, se for o caso, impor à parte contrária o cumprimento de suas obrigações ou o pagamento da indenização correspondente.

É importante assinalar que, apesar das considerações acima, a todos os contratantes poderá ser salutar dispor, na cláusula de renegociação, algum rito específico para este procedimento, como o auxílio de um terceiro neutro, o local para a realização das reuniões ou mesmo quais são os representantes de cada parte que terão poderes para formar acordos. Todos estes elementos têm o potencial de tornar o processo de negociação imbuído de maior objetividade e, conseqüentemente, com maiores chances de sucesso, por evitar que se consuma tempo ou recursos discutindo como se deve dar a renegociação ou o adimplemento da cláusula, e se possa focar na efetiva busca pelo reequilíbrio.

4.2.3 Prazo mínimo ou máximo

Na mesma lógica do ponto acima, é necessário que se avalie as possíveis vantagens em se prever um tempo específico para as tentativas de renegociação, antes do qual não se poderá falar no insucesso das negociações e, portanto, restará bloqueada a próxima etapa da resolução

do conflito, como foi mencionado em capítulos anteriores. Da mesma forma com que prever alguns protocolos para o processo de renegociação pode torná-lo mais objetivo, o estabelecimento de um prazo para a sua realização poderá fazer com que seja mais simples observar a frustração das negociações e, assim, passar ao próximo método.

Aqui, é importante que se estabeleça um prazo que não seja excessivamente longo a ponto de servir apenas para prolongar o conflito. Lembra-se que, se as partes estiverem de fato aptas a renegociar as prestações desequilibradas, o decurso do prazo inicialmente estabelecido poderá sempre ser estendido em comum acordo. O contrário, porém, seria improvável: se o prazo for demasiadamente longo, mesmo sendo evidente a impossibilidade de as partes chegarem a um acordo, elas dificilmente modificarão o prazo para passar à arbitragem ou ao processo judicial para que o conflito possa ser resolvido, pois uma delas se beneficiará da morosidade. Nesse caso, a cláusula apenas funcionará como um método de protelação.

4.2.4 Consequências do insucesso da renegociação

Por fim, como se sabe que a segurança jurídica e a previsibilidade são importantes valores buscados pelos contratantes no ambiente das relações comerciais, é importante que se disponha, no texto do contrato, qual será o próximo passo a ser tomado diante da impossibilidade de se chegar a um acordo por meio da obrigação de renegociar. Todos os contratantes podem se beneficiar, nesse sentido, de uma disposição contratual clara sobre o próximo método com que se resolverá o impasse surgido — se por meio de arbitragem ou processo judicial, ou, ainda, pela manutenção das prestações originalmente acordadas, considerando-se o *hardship* parte do risco do contrato. Assim, haverá um procedimento claro a ser seguido se decorrido o prazo mínimo ou as tentativas devidas de renegociação das obrigações que se tornaram onerosas, minimizando-se os espaços de discussões procedimentais que acabam por retardar a solução final do conflito.

Com todas estas considerações, buscou-se apresentar aos praticantes do direito um roteiro de raciocínio razoável no momento de se redigir o relevante dispositivo contratual estudado, sem que se pretendesse encontrar uma redação universal que se poderia aplicar a todas as relações. É preciso admitir que há várias saídas possíveis para a composição da cláusula de *hardship*, bem como vantagens e desvantagens nas diferentes formas que ela pode tomar. É fundamental, no entanto, que se entenda quais são as consequências de cada elemento com o qual se escolha munir ou não a cláusula, para que ela possa melhor atender aos objetivos aos quais se propõe na dinâmica contratual específica diante da qual se está.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. Comentários ao novo Código Civil: da extinção do contrato. Rio de Janeiro: Forense, 2011, v. 6, t. 2.

ANTUNES, José Engrácia. Direito e Justiça: contratos comerciais, noções fundamentais. Volume especial da Universidade Católica, 2007.

ASFAR-CAZENAVE, Carolina. Le nouveau droit français des contrats. In: *Revue Juridique Thémis de l'Université de Montréal*, v. 49, n. 1, p. 717-755, 2015.

AZEVEDO, Antônio Junqueira. Relatório brasileiro sobre revisão contratual apresentado para as Jornadas Brasileiras da Associação Henri Capitant. In: AZEVEDO, Antônio Junqueira. *Novos estados e pareceres de Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BAPTISTA, Luiz Olavo. *Contratos de Engenharia e Construção*. BAPTISTA, Luiz Olavo; ALMEIDA PRADO, Maurício. *Construção e direito*. São Paulo: Lex Magister, 2011.

BERNARDINI, Piero. Hardship e force majeure. In: BONELL, Michael; BONELLI, Franco. (coord.). *Contratti commerciali internazionali e Principi Unidroit*. Milano: Giuffrè, 1997, p. 194-214.

BIRMINGHAM, Robert L. A second look at the Suez Canal cases: excuse for nonperformance of contractual obligations in the light of economic theory. In: *The Hasting Law Journal*, v. 20, p. 1393-1416, May 1969.

BRITO, Maria Lúcia Pereira de. Da alteração das circunstâncias à cláusula de hardship: a emergência do princípio geral da renegociação dos contratos. Dissertação (Mestrado em Direito) — Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2013.

BRUNNER, Christoph. *Force majeure and hardship under general contract principles: exemption for non-performance in international arbitration*. The Hague: Kluwer Law International, 2008.

CARDOSO, Luiz Philipe Tavares de Azevedo. A onerosidade excessiva no Direito Civil Brasileiro. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito) — Faculdade de Direito do Largo São Francisco, Universidade de São Paulo, São Paulo.

CORAPI, Diego. L'equilibrio delle posizioni contrattuali nei principi Unidroit. RArb 10/150 (DTR\2006\380) -164. São Paulo: ed. RT, 2006.

CORDEIRO, António Menezes. Tratado de Direito Civil. Parte geral: negócio jurídico. Almedina, 2017, v. 2.

COSTA, José A. F.; NUSDEO, Ana Maria de O. As cláusulas de força maior e de hardship nos contratos internacionais. In: Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, São Paulo, ano 97, 1995, p. 76-103.

COUTO E SILVA, Clóvis do. A obrigação como processo. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

DANTAS, Carla de Calvo. A cláusula de hardship numa visão comparada. Dissertação de mestrado. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2018.

DIDIER JR., Fredie et al. Curso de Direito Processual civil: execução. Salvador: JusPodivm, 2017, v. 5.

FABRE, Régis. Les clauses d'adaptation dans les contrats. Paris: RTDC, 1983.

FERNANDES, Luís A. Carvalho. Teoria da imprevisão no Direito Civil português. Lisboa: Quid Juris, 2001.

FLAMBOURAS, Dyonisios. In: FELEMEGAS, John. An International Approach to the Interpretation of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980) as Uniform Sales Law. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

FORGIONI, Paula A. Contratos empresariais: teoria geral e aplicação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 4.

GAMA JR., Lauro; JORDAN, Giulia. *Exclusão da responsabilidade por inadimplemento na Convenção de Viena sobre Compra e Venda Internacional de Mercadorias*. Revista de Arbitragem e Mediação, vol. 37/2013, p. 185-222, Abr - Jun/2013.

GAMBINO, Francesco. Il rinegoziare delle parti e i poteri del giudice. In: *Juscivile*, v. IV, p. 397-402, 2019.

GARRO, Alejandro. Advisory Council Opinion No. 7: exemption of liability for damages under Article 79 of the CISG, 2007, par. 40. Disponível em: <<https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/CISG-AC-op7.html>>. Acesso em 11/03/2022.

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: L.G.D.J., 1990.

GLITZ, Frederico Eduardo Z. Contrato e sua conservação: lesão e cláusula de hardship. Curitiba: Juruá, 2008.

GOMES, Júlio. Cláusulas de hardship. In: MONTEIRO, António Pinto (coord.). *Contratos: actualidade e evolução*. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1997.

GONÇALVES, Diogo Costa. Crise e renegociação dos contratos no Direito Português e Brasileiro: algumas reflexões. In: *Revista da Faculdade de Direito de Lisboa*, v. 61, n. 1, p. 149-185, 2020.

GONTIJO, José Francisco Rodrigues; VIDIGAL, Flávio Augusto Marinho. A dicotomia entre os contratos civis e empresariais. In: Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 98, Mar-Abr./2019.

JÚNIOR, Lauro Gama e Souza. Os Princípios do Unidroit relativos aos contratos do comércio internacional 2004 e o Direito Brasileiro: convergências e possibilidades. In: Revista de Arbitragem e Mediação. v. 8/2006, p. 48-100, Jan-Mar./2006.

KOCH, Cristopher. Novo regulamento da CCI relativo aos dispute boards. Revista de Arbitragem e Mediação, São Paulo, v. 6, p. 143-175, jul.-set. 2005.

LABORDERIE, Anne-Sophie Lavefve. La pérennité contractuelle. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2005.

LEMES, Selma Ferreira. Cláusula escalonada ou combinada: mediação, conciliação e arbitragem. In: FIKELSTEIN, Cláudio; VITA, Jonathan; CASADO FILHO, Napoleão (orgs.). Arbitragem internacional: UNIDROIT, CISG e Direito Brasileiro. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. Cláusulas escalonadas: a mediação comercial no contexto da arbitragem. São Paulo: Saraiva, 2013.

LOPES, Christian Sahb Batista. Um diálogo por uma nova teoria dos contratos. In: GOMES, Elena de Carvalho; MARX NETO, Edgard Audomar; FERES, Marcelo Andrade. (orgs.). Estudos de Direito Privado: liber amicorum para João Baptista Villela. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

LOTUFO, Renan. Código Civil comentado: obrigações: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2003.

MACARIO, Francesco. Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine. Napoli: Jovene, 1996.

MAIA, Marina Leal Galvão. As cláusulas escalonadas no ordenamento jurídico brasileiro: breves considerações sobre as cláusulas med-arb e seus efeitos. In: *Revista Brasileira de Arbitragem*. v. XVIII, n. 72, p. 62-79, 2021.

MARASCO, Gerardo. *La rinegoziazione del contratto: strumentilegali e convenzionali a tutela dell'equilibronegoziale*. Padova: Cedam, 2006.

MARINHO, Josaphat. Parecer Final n. 749, de 1997. Código Civil — Projeto de Lei da Câmara nº 118, de 1984 — Redação Final. Brasília: Senado Federal, 1997.

MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Revisão contratual: onerosidade excessiva e modificação contratual equitativa*. São Paulo: Almedina, 2020.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no Direito Privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Saraiva, 2018 (e-book).

_____. A cláusula de hardship e a obrigação de renegociar nos contratos de longa duração. In: *Revista de Arbitragem e Mediação*, ano 7, n. 25, p. 4-31, abril/2010.

_____. A teoria da imprevisão e a incidência dos planos econômicos governamentais na relação contratual. In: *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 670, Ago./1990.

_____. *Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. *Comentários ao novo Código Civil: do adimplemento e da extinção das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, v. 5, t. 1.

_____. Contrato de Construção. "Contratos-aliança". interpretação contratual. cláusulas de exclusão e de limitação do dever de indenizar. In: *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo, v. 1/2014, p. 315 – 351, Out - Dez/2014.

_____. COSTA E SILVA, Paula. *Crise e perturbações no cumprimento da prestação: estudos de Direito Comparado luso-brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2020.

MCKENDRICK, Ewan. The regulation of long-term contracts in English law. In: BEATSON, Jack; FRIEDMANN, Daniel (eds.). Good faith and fault in contract law. Oxford: Clarendon Press, 1997.

MEDEIROS DA FONSECA, Arnaldo. Caso fortuito ou força maior. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

MESTRE, Jacques. Obligations et contrats spéciaux. 1. Obligations en général. I - Sources de l'obligation. A. - Le contrat. In: Revue trimestrielle de droit civil, Paris Sirey, 4/760, 1992.

MOLFESSIS, Nicolas, prefácio à HAMELIN, Jean-François. Le contrat-alliance. Paris: Economica, 2012.

MONTEIRO, António Pinto; GOMES, Júlio. A hardship clause e o problema da alteração das circunstâncias (breve apontamento). In: LOPES, José Azeredo (Coord.). Juris et de jure: nos 20 anos da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa. Porto: 1998.

MOSER, Luiz Gustavo. As cláusulas de hardship e a quebra do paradigma da imutabilidade dos contratos. In: Revista dos Estudantes de Direito da UNB, Brasília, 6. ed., 2007, p. 4-31.

MUÑOZ, Edgardo. Advisory Council Opinion No. 20: hardship under the CISG, 2020. Disponível em: <http://cisgac.com/file/repository/Opinion_No_20_CISG_and_Hardship_Official_.pdf>. Acesso em 11/052022.

NANNI, Giovanni Ettore. A obrigação de renegociar no Direito Contratual brasileiro. In: Revista do Advogado, São Paulo, ano XXXII, n. 116, p. 88-97, jul. 2012.

NEGREIROS, Tereza. Teoria do contrato: novos paradigmas. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

NERY JUNIOR, Nelson; SANTOS, Thiago Rodvalho. Renegociação contratual. In: Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 100, v. 906, p. 113-156, abril 2011.

PEARSALL, Judy; TRUMBLE, Bill (eds.). *The Oxford English Reference Dictionary*. New York: Oxford University Press, 1995.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: contratos*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2013, v. 3.

PEREIRA, Fábio Queiroz; ANDRADE, Daniel de Pádua. A obrigação de renegociar e as consequências de seu inadimplemento. In: *Revista dos tribunais*, São Paulo. v. 15, p. 209-237, Abr./Jun. 2018.

PICOD, Yves. L'Exigence de bonne foi dans l'exécution du contrat. Le juge et l'exécution du contrat. In: *Colloque I.D.A, Aix-en Provence, 28.05.1993*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1993.

PINHEIRO, Luís de Lima. *Direito Comercial*. Lisboa: Editora Almedina, 2005.

PINTO, José Emilio Nunes. O mecanismo multietapas de solução de controvérsias. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/6024/o-mecanismo-multi-etapas-de-solucao-de-controversias>. Acesso em 08/04/2022.

PIRES, Catarina Monteiro. Efeitos da alteração das circunstâncias. In: *O Direito*, ano 145, v. I e II, p. 181-206, 2013.

PRADO, Maurício C. A. Novas perspectivas do reconhecimento e aplicação do hardship na jurisprudência arbitral internacional. In: *Revista Brasileira de Arbitragem*, v. 2, p. 32-60, abr./jun. 2004.

RABELO, Sofia Miranda; MARTINS, Guilherme Vinseiro. Notas sobre o dever de renegociar nos contratos empresariais de colaboração. In: *Revista Brasileira de Direito Civil*, Belo Horizonte, v. 24, p. 43-58, abril/junho 2020.

RENNER, Rafael. *Novo Direito Contratual: a tutela do equilíbrio contratual no Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

RIBEIRO, Joaquim de Souza. *A boa-fé como norma de validade. Direito dos contratos: estudos*. Coimbra: Ed. Coimbra, 2007.

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*. The Hague: Kluwer International, 1999-2000.

ROUHETTE, Georges, *La revision conventionnelle du contrat*. IN: *Revue Internationale de Droit*, 38, COMPARÉ, p. 405-406, 1986.

RUSSI, Luigi. *Chronicles of a failure: from a renegotiation clause to arbitration of transnational contracts*. In: *CONNECTICUT JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW* 24/111-112, Connecticut, University of Connecticut, 2009.

SAAD, Soraya; GUTINIEKI, João Otávio Bacchi. *Dever de renegociar em tempos de pandemia: texto e contexto da crise nas relações contratuais*. In: *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 109, n. 1022, p. 59-75, dez. 2020.

SCHLECHTRIEM, Peter; SCHWENZER, Ingeborg. *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 2010.

SCHLECHTRIEN, Peter. *The German act to modernize the law of obligations in the context of common principles and structures of the law of obligations in Europe*. In: *Oxford University Comparative Law Forum*, 2002. Disponível em: <<https://ouclf.law.ox.ac.uk/the-german-act-to-modernize-the-law-of-obligations-in-the-context-of-common-principles-and-structures-of-the-law-of-obligations-in-europe/#fn53anc>>. Acesso em 15/05/2022.

SCHREIBER, Anderson. *A tríplice transformação do adimplemento: adimplemento substancial, inadimplemento antecipado e outras figuras*. In: *Revista trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 32, p. 20-21, out.-dez. 2007.

_____. Equilíbrio contratual e dever de renegociar. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

_____. Existe um dever de renegociar?: reflexões iniciais sobre as consequências do desequilíbrio contratual. In: Revista do Advogado, São Paulo, ano XXXVI, n. 131, p. 21-30, out. 2016.

SCHUNCK, Giuliana Bonanno. Contratos de longo prazo e dever de cooperação. Tese (Doutorado em Direito Civil). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

SCHWENZER, Ingeborg; MUÑOZ, Edgardo. Duty to renegotiate and contract adaptation in case of hardship. In: Uniform Law Review, v. 0, p. 1—26, 2019.

SERRAIOTO, Camilla. L'obbligo di rinegoziare il contratto divenuto squilibrato: l'influenza della buona fede, dell'art. 2 Cost. Italiana e del diritto dell'Unione Europea. Analisi di recenti ipotesi applicative. In: Lex Social, v. 7, n. 1, p. 531-554, 2017.

SILVA, Jorge Cesar Ferreira. Princípios de Direito das obrigações no novo Código Civil. In SARLET, Ingo Wolfgang (org.). O Novo Código Civil e a Constituição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 99-126.

SILVEIRA, Vladimir Oliveira da. A Cláusula de hardship nos contratos de comércio internacional. In: Revista Tributária e de Finanças Públicas. v. 65, p. 243-275, Nov. – Dez. / 2005.

SIMÃO, José Fernando. Direito Civil: contratos. São Paulo: 2006, Ed. Atlas.

SLATER, Scott. Overcome by hardship: the inapplicability of the UNIDROIT Principles' Hardship Provisions to CISG. In: Florida Journal of International Law, v. 14, Issue 2, p. 231-262, Summer 1998.

SPIVACK, Carla. *Of Shrinking Sweatsuits and Poison Vine Wax: A Comparison of Excuse for Nonperformance under the UCC and the CISG* (March 31, 2006). Bepress Legal Series. Working Paper 1219. Disponível em: <<http://law.bepress.com/expreso/eps/1219>>. Acesso em 20/02/2022.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual civil: execução forçada, processos nos tribunais, recursos, direito intertemporal*. Rio de Janeiro: Forense, 2016, v. 3.

TIMM, Luciano Benetti. *O novo Direito Civil: ensaios sobre o mercado, a reprivatização do Direito Civil e a privatização do Direito Público*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

UDA, Giovanni Maria. *La buona fede nell'esecuzione del contratto*. Turim: Giapichelli, 2004.

UDA, Giovanni Maria. *L'Esecuzione del contratto secondo buona fede*. In: *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata, Parte II*, Padova: CEDAM, 1992.

VELENCOSO, Luz Maria Martínez. *La alteración de las circunstancias contractuales: un análisis jurisprudencial*. Madrid: Civitas, 2003.

VENEZIANO, Anna. *UNIDROIT Principles and CISG: change of circumstances and duty to renegotiate according to the Belgian Supreme Court*. In: *Uniform Law Review*, v. 15, Issue 1, p. 137—149, January 2010.

VICENTE, Dário Moura. *A crise económica mundial e os contratos internacionais*. Coimbra: Almedina, 2017.

WALD, Arnaldo. *A arbitragem contratual e os dispute boards*. RArb 6/13. São Paulo: ed. RT, jul.-set. 2005; TERRANOVA, Carlo G. *L'eccessiva onerosità nei contratti*. Milano: Giuffrè, 1995.

WELTON, Nelly Maria Potter. *Revisão e resolução dos contratos no Código Civil conforme perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.