

O PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE E A CLÁUSULA *HARDSHIP* NOS CONTRATOS INTERNACIONAIS COMERCIAIS, PRINCIPALMENTE NO ÂMBITO DO MERCOSUL

Josiane Araújo Gomes¹

RESUMO: O presente estudo discorre a respeito dos contratos realizados no âmbito internacional, focalizando a determinação da legislação aplicável a estes contratos, e a necessidade da permanência do seu equilíbrio econômico ao longo de sua execução. Em relação à determinação da lei aplicável, é analisado o princípio da autonomia da vontade, que consiste na faculdade concedida aos contratantes de estipularem a legislação a qual será submetido o contrato. Já em relação à manutenção do equilíbrio contratual, é analisada a cláusula *hardship*, responsável por permitir a renegociação contratual quando um evento imprevisível e inevitável, exterior à vontade dos contratantes, torne a obrigação excessivamente onerosa para uma das partes, dificultando a execução do contrato. Para uma melhor compreensão, é observada a legislação brasileira e as convenções internacionais sobre os temas em questão, além dos posicionamentos adotados pelos países integrantes do Mercosul.

PALAVRAS-CHAVE: contrato internacional, autonomia da vontade, cláusula *hardship*.

ABSTRACT: The present study ponder about of contract realized in international orbit, focusing on determination of legislation applicable on these contracts, and the need for permanence of their economic balance over its implementation. At reference of determination of legislation applicable, is analysed the autonomy of will principle, which consist in the faculty conceded for contractors of stipulate the legislation to be submitted the contract. Already in reference of permanence of contractual equilibrium, is considered the hardship clause, charge by permit the contractual renegotiation when an unpredictable and unavoidable event, exterior for will of contractors, make the obligation more excessive onerous for one of contractors, to making difficult the execution the contract. For better comprehension, is observed the Brazilian legislation and the international agreements about the topics in question, besides the positions adopted by countries members of Mercosur.

KEYWORDS: international contracts, autonomy of will, hardship clause.

¹ Mestranda em Direito Público pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia (UFU). Especialista em Direito de Família pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia (UFU). Servidora do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (TJMG).

INTRODUÇÃO

Com o intuito de atender as propostas do plano de trabalho, busca-se no presente artigo analisar a aplicação do princípio da autonomia da vontade e da cláusula *hardship* nos contratos comerciais internacionais, limitando tal estudo ao âmbito do Mercosul.

Para tanto, deve-se partir da noção do que seja o contrato internacional e por quais aspectos este se difere do contrato interno. Isto porque o contrato internacional caracteriza-se pelo elemento de estraneidade, isto é, relaciona-se com dois ou mais sistemas jurídicos, devido a transferência de bens e serviços de um país para outro, ultrapassando o quadro econômico interno.

Após esta constatação, passa-se ao exame do princípio da autonomia da vontade, princípio este ainda não totalmente aceito por toda a doutrina e legislações existentes no que se refere ao seu aspecto internacional. Este é considerado como o defensor da vontade dos contratantes, pois faculta a eles a estipulação livre e consciente do conteúdo do contrato, compreendendo, na esfera internacional, a escolha da lei aplicável.

A cláusula *hardship* está estritamente interligada à autonomia da vontade, pois esta será inserida no texto contratual mediante a manifestação das partes. Sua finalidade é de extrema importância para a duração do contrato ao longo do tempo, pois possibilita a permanência do equilíbrio contratual mediante revisão dos pontos alterados por acontecimentos imprevisíveis, capazes de desequilibrar o acordo existente.

Dessa forma, é perceptível que os contratos comerciais internacionais estão inseridos em um contexto repleto de peculiaridades em relação às negociações realizadas internamente em cada Estado. O foco do presente trabalho representa apenas parte das discussões que pairam sobre aqueles. Assim, as análises e argumentos que serão expostos possuem por objetivo encontrar o entendimento mais coerente com a realidade econômica atual sobre a aplicação do princípio da autonomia da vontade e da cláusula *hardship*, levando em consideração o contexto regional no qual o Brasil faz parte, que corresponde ao Mercosul.

MATERIAIS E MÉTODOS

Pretendendo executar satisfatoriamente o plano de trabalho, adotou-se a abordagem teórica, com pesquisa bibliográfica, com o intuito de assimilar as concepções doutrinárias acerca do tema. Para tanto, utilizou-se os métodos comparativo e histórico.

Foram utilizados textos e obras de vários doutrinadores, dentre eles Jacob Dolinger, Irineu Strenger, Nádia de Araújo, Maria Helena Diniz, conforme disposto nas referências, os quais proporcionaram subsídios necessários e valiosos para o enriquecimento da redação do presente artigo final.

Também foram analisados textos legais, dentre os quais se destacam a Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (LINDB - Decreto-Lei nº 4.657/1942, cuja denominação foi alterada pela Lei nº 12.376/10) e a Convenção Interamericana sobre Direito Aplicável aos Contratos Internacionais (CIDIP V).

Efetuuou-se a leitura e fichamento de todo material colhido, com intuito de compreender o tema sob estudo, a fim de se conseguir substrato mínimo para a elaboração de um raciocínio final que satisfaça o objetivo proposto.

Por fim, seguiu-se à elaboração do Relatório Técnico Científico Parcial, a revisão geral de todo o material coletado e a redação do Relatório Técnico Científico Final.

RESULTADOS

1 Ponto de Partida: o Contrato Internacional

O contrato é o principal instrumento de exteriorização das relações jurídicas entre as pessoas. Fundamenta-se na vontade humana, sendo constituído em conformidade com a ordem jurídica. Pode, assim, ser definido como “o acordo de vontades com a finalidade de produzir efeitos jurídicos”. (PEREIRA, 2005, p. 7).

Representa um negócio jurídico bilateral ou plurilateral, originário de um acordo de vontades, em conformidade com a lei, capaz de criar, modificar e extinguir direitos. Os contratantes possuem a faculdade de pactuarem as cláusulas contratuais da forma que melhor os beneficie, criando verdadeira lei entre eles.

Enquanto firmados no interior de um único Estado, produzindo efeitos somente neste e entre seus cidadãos, o contrato não enfrenta grandes problemas, pois são regulados por apenas um sistema jurídico.

Mas, com o desenvolvimento da globalização e, por conseguinte, do comércio internacional, somado ao desenvolvimento da informática e das telecomunicações, o empresário é impulsionado a conhecer novos mercados, não se restringindo somente em seu país. Passa a atuar em vários mercados, cada um possuindo suas próprias regras

disciplinadoras do fluxo de bens e serviços, além da segurança do produto e dos contratantes. Surgem, assim, os contratos internacionais.

De acordo com o disposto no artigo 1º da Convenção Interamericana sobre Direito Aplicável aos Contratos Internacionais (CIDIP V),

Entende-se que um contrato é internacional quando as partes no mesmo tiverem sua residência habitual ou estabelecimento sediado em diferentes Estados Partes ou quando o contrato tiver vinculação objetiva com mais de um Estado Parte.

Assim, contrato internacional é aquele no qual há transferência de bens e serviços de um país para outro, ultrapassando o quadro da economia interna e, conseqüentemente, se relaciona com dois ou mais sistemas jurídicos. Nesse sentido,

São contratos internacionais do comércio todas as manifestações bi ou plurilaterais da vontade livre das partes, objetivando relações patrimoniais ou de serviços, cujos elementos sejam vinculantes de dois ou mais sistemas jurídicos extraterritoriais, pela força do domicílio, nacionalidade, sede principal dos negócios, lugar do contrato, lugar da execução, ou qualquer circunstância que exprima um liame indicativo do Direito aplicável. (STRENGER, 2003, p. 93).

Dessa forma, o atual empresário se relaciona em diversas ordens jurídicas, dando origem a uma relação mista ou multinacional. Os bens e serviços circulam entre sistemas jurídicos diversos, às vezes até opostos, sendo difícil para os operadores econômicos entenderem sob qual ordenamento jurídico a relação negocial é regida e se as cláusulas contratuais estipuladas no contrato realmente têm valor.

Partindo-se desse contexto internacional, duas questões polêmicas surgem: o conflito de leis e a adequação das cláusulas contratuais às situações multiconectadas.

Em relação ao conflito de leis, este pode ser entendido como concorrência, concurso de leis disciplinadoras do mesmo instituto jurídico, originárias de Estados distintos, que estão relacionados no negócio jurídico em questão. As leis encontram-se no mesmo patamar, não havendo prevalência de uma sobre a outra. Para tentar resolver tal conflito, foram desenvolvidas várias teorias e princípios, dentre eles o princípio da autonomia da vontade, o qual faculta às partes a escolha da lei que irá reger o contrato.

Já em relação à adequação das cláusulas contratuais, a cláusula de primordial importância para o contrato internacional é a cláusula *hardship*, em face das alterações legislativas e fáticas a que o contrato de longa duração fica sujeito. Tal cláusula permite a

reformulação de um contrato que teve o seu equilíbrio quebrado por fatores alheios à vontade das partes.

Pelo exposto, o foco central desse trabalho está na análise de dois pontos primordiais do Direito Internacional Privado, mais especificamente, do Direito Comercial Internacional: o princípio da autonomia da vontade e a cláusula *hardship*.

2 Princípio da Autonomia da Vontade

O contrato constitui o instrumento de regulação dos interesses dos contratantes. Origina-se da emissão de vontade livre das partes, definindo, criando, ou extinguindo direitos e deveres protegidos e reconhecidos pelo ordenamento jurídico.

Assim, a vontade é o elemento inicial e principal do contrato. Representa a origem da relação negocial, bem como sua legitimação e seu poder vinculante e obrigatório. Somente quando sua emissão ocorre de forma livre e sem vícios ou defeitos é que se obtém um contrato válido, capaz de produzir seus efeitos.

Por autonomia entende-se a possibilidade de autogovernar-se, de estabelecer suas próprias normas, livre de subordinação. Segundo os dizeres de Strenger (2005, p.614):

Na sucinta e expressiva conceituação de *Santi Romano*, deve-se entender por autonomia, em sentido subjetivo, o poder de dar a si próprio ordenamento que as pessoas para si mesmas constituem e que se distingue dos ordenamentos constituídos para elas, mas por outrem, aos quais se contrapõe.

Pelo exposto, tem-se que o princípio da autonomia da vontade consiste na faculdade concedida aos contratantes de estipularem livremente o conteúdo do contrato, mediante acordo de vontades, visando atender os seus interesses, desde que tutelados pela ordem jurídica. Tal liberdade envolve o poder de decisão entre: contratar ou não contratar, com quem contratar e sobre o que contratar.

Deve-se sustentar o princípio da autonomia da vontade “não só como elemento da liberdade em geral, mas como suporte também da liberdade jurídica, que é esse poder insuprimível no homem de criar por um ato de vontade uma situação jurídica, desde que esse ato tenha objeto lícito”. (STRENGER, 2005, p. 615).

O princípio da autonomia da vontade também está presente no Direito Internacional Privado, o qual lhe atribui novo significado. Consiste na faculdade concedida aos contratantes de, através da manifestação de vontade, determinarem a lei aplicável ao contrato internacional a que fazem parte.

A autonomia da vontade, como princípio defensor da vontade das partes, foi formulada pelo jurista francês Dumoulin no século XVI, momento conhecido por período estatutário. Segundo Paiva (2004, p. 55):

Pode-se afirmar que foi a doutrina personalizada por DUMOULIN no século XVI, ao fazer a distinção das disposições que dependem da vontade das partes ou que podem ser alteradas por elas, deixando a lição de que a manifestação expressa ou tácita da vontade deve ser atendida, podendo ser o estatuto do lugar em que foi feito o contrato ou os domicílios antigos ou recentes dos contraentes e circunstâncias semelhantes.

Muitos países já aceitaram o princípio da autonomia da vontade, como é o caso da Inglaterra, Escócia, Irlanda, Dinamarca, Alemanha, Itália, Suíça, Tunísia, Venezuela, Bélgica, Peru e Portugal.

Na França, grande parte da doutrina aceita o princípio da autonomia da vontade, existindo ainda alguns doutrinadores lhe atribui certos limites. A Teoria Objetiva, liderada por Batiffol, afirma que a determinação da lei aplicável se dá pela mera aplicação formal das regras indicativas dispostas pelo Direito Internacional Privado. A escolha da lei indica somente o local de realização do contrato, não sendo possível optar assim por uma lei de um país estranho ao contrato. Segundo Batiffol:

A lei de conflito dá como elemento de conexão a vontade das partes, mas esta fixa somente as circunstâncias de fato que localizam o contrato, da mesma forma como se deduz a lei real da localização de um imóvel. A complexidade da operação contratual permite somente às partes sublinhar que, na concepção que elas fazem da operação, os elementos de conexão a tal ou qual país se revestem aos seus olhos de uma importância primordial. (BATIFFOL, *apud* STRENGER, 2005, p. 625).

Já a Teoria Subjetiva, que possui como principal doutrinador Pierre Mayer, defende a aplicação do princípio da autonomia da vontade sem limitações. Assim, a lei aplicável ao contrato internacional, quanto à sua constituição e aos seus efeitos, é a livremente escolhida pela vontade das partes, a qual é livre para decidir sobre qualquer ponto do contrato.

Em relação às Convenções Internacionais, várias estão aderindo à liberdade das partes em escolher a lei aplicável aos seus contratos. Como exemplo, tem-se: Convenção Interamericana sobre Direito Aplicável aos Contratos Internacionais (México, 1994);

Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial Internacional (Panamá, 1975); Convenção da Comunidade Económica Europeia sobre a Lei Aplicável às Obrigações Contratuais (Roma, 1980); Convenção sobre a Lei Aplicável aos Contratos de Venda Internacional de Mercadorias (Haia, 1986).

2.1 Autonomia da Vontade, Leis Imperativas e Fraude à Lei:

Grande parte da doutrina, ao analisar a autonomia da vontade, afirma que esta só é possível quando se trata de normas facultativas e supletivas, não cabendo a vontade das partes em relação às normas imperativas. Como exemplo, tem-se os dizeres de Espínola e Espínola Filho (1999, p. 419):

1º- a lei competente, em tudo quanto diz respeito à matéria imperativa, ou propriamente ao regime das obrigações e contratos, é a *lex loci celebrationis*, a qual não pode ser afastada por estipulação contrária das partes;
2º- em relação à matéria supletiva, só prevalecerá a *lex loci celebrationis*, como lei interpretativa da vontade das partes, quando estas não tenham estipulado cláusulas ou condições diferentes.

Tal raciocínio não condiz com o princípio da autonomia da vontade. Este possibilita que as partes escolham a lei que regerá os seus contratos. A lei escolhida que dirá se as cláusulas contratuais ofendem ou não sua disposição.

Assim, normas imperativas não restringem a aplicação da autonomia da vontade, pois somente irão influir no contrato após a escolha da lei aplicável a este. As regras imperativas da lei escolhida é que determinarão a validade ou não das cláusulas contratuais.

Neste sentido, afirma Dolinger (2007, p. 80):

E mesmo que existam normas jurídicas imperativas no campo do direito contratual, o caráter imperativo das mesmas se dirige àqueles que estão submetidos ao sistema jurídico da qual emanam, mas, se as partes legitimamente se colocam sob a égide de outro sistema jurídico, as normas imperativas do sistema que seria normalmente competente não se aplicam, porque nunca chegaram a ser aplicáveis ao contrato, justamente porque foi livremente manifestada escolha de outra lei pelos contratantes.

Dessa forma, as normas imperativas que podem afetar um dado contrato internacional são as pertencentes à lei que o disciplina. Se tal lei foi escolhida pela manifestação de vontade dos contratantes, não houve limitação da autonomia da vontade pelas regras imperativas, pois estas passam a atuar desse momento em diante.

Seguindo a mesma lógica, há doutrinadores que afirmam que a escolha de uma lei estrangeira pelos contratantes poderia configurar fraude à lei. Tal idéia é exposta nos dizeres de Strenger (2000, p. 169):

As idéias gerais de fraude à lei mostram que no terreno do direito internacional privado sua existência se individualiza pela intenção de escapar àquela, que normalmente deveria reger uma relação de direito, por meio de manobras ou artifícios que objetivam fraudulentamente submissão à lei de um outro país mais favorável aos resultados visados.

Sendo a vontade a gênese do contrato, as partes são livres para estipular qual lei regerá o seu contrato, não ficando submissos à lei originalmente competente estipulada pelas regras de conexão. Através da escolha de uma lei estrangeira, as partes buscam atender melhor seus interesses, seja pela escolha de uma lei mais avançada sobre a matéria, uma lei mais recente, ou até mesmo uma lei estranha a todas as partes contratantes, não havendo a intenção de fraudar a lei indicada pelas regras de conexão.

2.2 Autonomia da Vontade e a Ordem Pública:

A ordem pública pode ser compreendida como “o reflexo da ordem jurídica vigente em dado momento, numa determinada sociedade” (DINIZ, 2007, p. 424). É, assim, um fator relativo, instável, variável no tempo e no espaço, mas que reflete a filosofia sócio-político-jurídica da legislação de um determinado Estado.

Os preceitos de ordem pública atuam tanto no interior de um Estado, quanto no plano internacional. No plano interno, é responsável por combater negócios privados incompatíveis com certas normas cogentes ou proibitivas do ordenamento jurídico. Assim, limita a vontade das partes, cuja liberdade não é admitida em determinados aspectos da vida privada. Já no plano internacional, a ordem pública é “Um princípio supressor da aplicação de qualquer norma jurídica estrangeira indicada por regra de conexão, que seja – ou se torne, por sua aplicação – inaceitável para o foro”. (DOLINGER, 2007, p. 129).

Assim, os preceitos de ordem pública no âmbito dos contratos internacionais afastam a aplicação de direito estrangeiro que, em virtude de incompatibilidade com as concepções legais territoriais, passa a prejudicar o Estado onde deveria ser aplicada. São considerados, por isso, “como fator impeditivo do prevailecimento da autonomia da vontade”. (STRENGER, 2000, p. 174).

Mas tal noção precisa de uma maior análise. Isto porque a ordem pública não impede que os contratantes escolham a lei aplicável ao contrato, lei esta responsável por aferir a validade deste. A ordem pública somente irá impedir a aplicação de uma lei estrangeira no momento da execução forçada do contrato, desde que esta seja incompatível com os princípios fundamentais da jurisdição julgadora.

Uma cláusula atentatória à ordem pública no momento da feitura do contrato, pode deixar de sê-lo no momento de sua execução e, contrariamente, uma cláusula inofensiva à época do compromisso, poderá tornar-se rejeitável posteriormente, quando do cumprimento do compromisso contratual. Esta contemporaneidade da ordem pública com o momento do decisório judicial é uma das características do princípio no campo do direito internacional privado. (DOLINGER, 2007, p. 467)

A ordem pública, dessa forma, atua após a criação do contrato, na fase de execução. Busca impedir a aplicação da lei estrangeira quando esta ferir os princípios da jurisdição do local da execução do contrato, não importando que a lei alienígena tenha sido escolhida pelas partes, determinada por legislador ou por convenção internacional.

Concluindo, não é exata a afirmação de que a ordem pública é preceito limitador da autonomia da vontade, pois aquela só passa a surtir efeito na fase de execução, e não na fase de contratação.

2.3 Princípios da Autonomia da Vontade e da Proximidade:

O princípio da proximidade consiste na aplicação da lei mais próxima, mais adequada, mais apropriada à relação jurídica. É previsto na Convenção Interamericana sobre Direito Aplicável aos Contratos Internacionais, em seu artigo 9: “Não tendo as partes escolhido o direito aplicável, ou se a escolha do mesmo resultar ineficaz, o contrato reger-se-á pelo direito do Estado com o qual mantenha os vínculos estreitos”.

Percebe-se, pela disposição da Convenção, que o princípio da proximidade complementa a idéia transmitida pelo princípio da autonomia da vontade. Quando as partes não escolhem a lei a ser aplicável ao contrato, nem de forma implícita, deve-se dispor da escolha presumida, isto é, optar pela lei que se apresenta mais próxima ao contrato ou aos contratantes, lei esta que, provavelmente, as partes teriam escolhido se soubessem da possibilidade da escolha.

E também, quando as partes escolhem a lei aplicável, o princípio da proximidade também se encontra presente, pois

pode-se considerar a lei por elas selecionada como uma manifestação sobre o sistema jurídico que consideram o mais próximo à sua transação, de forma que a aceitação da escolha representa outra maneira de consagrar o princípio da proximidade. (DOLINGER, 2007, p. 291-292)

Dessa forma, tanto o princípio da autonomia da vontade, quanto o princípio da proximidade, buscam a aplicação da lei mais favorável ao interesse do contrato e dos contratantes.

2.4 Autonomia da Vontade no Direito Internacional Privado Brasileiro:

Grande discussão existe em torno da aceitação ou não do princípio da autonomia da vontade pelo Direito Internacional Privado Brasileiro, devido à mudança ocorrida na redação do art. 13 da LICC de 1916 para o art. 9º da LINDB de 1942.

O art. 13 da LICC de 1916 previa que, *in verbis*: “Regulará, salvo estipulação em contrário, quanto à substância e aos efeitos das obrigações, a lei do lugar onde foram contraídas (...)”. Encontrava-se, assim, fundamento legal para a adoção da autonomia da vontade, pela expressão “salvo estipulação em contrário”, não havendo, assim, divergência sobre a sua validade.

Mas, com a edição da vigente LINDB de 1942, tal expressão foi omitida, gerando intensas discussões sobre a validade da livre escolha da lei aplicável aos contratos. Passou a dispor o seu art. 9º: “Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem.”

Diante dessa previsão legal, alguns autores passaram a defender não ser mais possível a aplicação do princípio da autonomia da vontade, como é o caso de Maria Helena Diniz (2007, p. 297):

O art. 9º da Lei de Introdução é cogente, não podendo as partes alterá-lo. Há autores, como Oscar Tenório, que não excluem a possibilidade de se aplicar a autonomia da vontade, desde que ela seja admitida pela lei do país onde a obrigação se constituir (*lex loci celebrationis*), sem que se contrarie norma imperativa. Mas, na verdade, será inaceitável a autonomia da vontade para indicar a lei aplicável; haverá tal autonomia para escolha do local para regulamentação de seus interesses ou do foro (...), etc.

As opiniões contrárias à aplicação da autonomia da vontade acabam por se prenderem somente à literalidade da lei, na ausência da expressão “salvo estipulação em contrário”, e se esquecem de fazer uma interpretação teleológica da norma. Deve-se ter em mente a realidade econômica internacional e os interesses do país ao estar incluso nesse mercado global, os quais requerem uma visão normativa que acompanhe o desenvolvimento da internacionalização das negociações. Até porque o art. 9º não proíbe a escolha da lei pelas partes, apenas omite sua previsão, não havendo assim óbice para a sua aceitação.

Nesse sentido, Dolinger (2007, p. 456-457) afirma que os doutrinadores do Direito Internacional Privado

Devem se conscientizar de sua responsabilidade de condutores e orientadores desta área do direito em nosso País e, no caso presente, se capacitar que o interesse de nossa economia, de nossas relações comerciais internacionais, de nosso prestígio, e da confiabilidade de nossas empresas no plano internacional, dependem, em considerável medida, de nos apresentarmos com abertura para o cenário internacional, admitindo, claramente, o direito dos contratantes brasileiros assinarem um pacto no Brasil em que determinam, voluntariamente, a aplicação de lei de outro sistema jurídico.

Solução para a presente situação legislativa brasileira seria a ratificação da CIDIP V, realizada na Cidade do México em 1994, a qual contempla a autonomia da vontade como regra geral em seu art. 7º.

O contrato rege-se pelo direito escolhido pelas partes. O acordo das partes sobre esta escolha deve ser expresso ou, em caso de inexistência de acordo expresso, depreender-se de forma evidente da conduta das partes e das cláusulas contratuais, consideradas em seu conjunto. Essa escolha poderá referir-se à totalidade do contrato ou a uma parte do mesmo. A eleição de determinado foro pelas partes não implica necessariamente a escolha do direito aplicável.

Ocorrendo a sua aprovação, o art. 9º da LINDB teria a sua eficácia bastante limitada, pois, mesmo as partes não escolhendo a lei aplicável, o art. 9º da CIDIP V aponta a aplicação do princípio da proximidade, já analisado outrora.

2.5 Autonomia da Vontade no Mercosul:

O Mercado Comum do Sul, conhecido por Mercosul, surgiu com a assinatura do Tratado de Assunção, em 26 de março de 1991, pelos Estados: Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai.

Tais países partilham interesses comuns, como a consolidação da democracia, defesa das liberdades individuais, proteção do meio ambiente, combate à pobreza e desenvolvimento econômico, político e social. Para tanto, enxergaram no Mercosul a possibilidade de concretização desses interesses, devido a uma maior aceleração de seus processos de desenvolvimento econômico com justiça social proporcionada pela integração entre os países membros.

Apesar de possuírem várias semelhanças entre si, os países integrantes do Mercosul também possuem várias diferenças, sendo uma delas residente no âmbito contratual: a estipulação da lei aplicável aos contratos internacionais.

Argentina, Paraguai e Uruguai adotaram em suas legislações internas o Tratado de Montevideu de 1940, o qual adota o princípio da lei do local da execução para reger as obrigações. Já o Brasil é partidário do sistema do local da celebração das obrigações.

Na Argentina, o assunto em questão está disciplinado nos artigos 1209, 1210 e 1212, especificamente. Os dois primeiros afirmam que os contratos celebrados na Argentina ou fora dela, serão disciplinados quanto à sua validade, natureza e obrigações, pela lei e usos do país no qual as obrigações deverão ser cumpridas, sendo os contratantes nacionais ou estrangeiros. E o art. 1212 completa, facultando aos contratantes designar o lugar de cumprimento quando este não tiver sido estabelecido no contrato ou não estiver indicado com precisão.

Percebe-se, pela interpretação desses artigos, que a autonomia da vontade não é admitida pela lei. Resta aos contratantes, como forma de tentar escolher a lei aplicável ao contrato, a indicação do lugar no qual deverão ser executadas as obrigações contratuais.

Já no Paraguai, o art. 14 do seu Código Civil dispõe que os atos a serem cumpridos em seu território estarão sujeitos às normas desse Código. E seu art. 297 completa ao afirmar que os atos serão exclusivamente regidos, independentemente do local de sua celebração, em relação a sua formação, prova, validade e efeitos, pelas leis paraguaias, quando tiverem que ser executados no território paraguaio, ou se exercerem nele ações por falta de cumprimento. Não há, dessa forma, previsão de aceitação do princípio da autonomia da vontade, prevalecendo a lei da execução do contrato.

No Uruguai, a legislação também é contrária à aplicação do princípio da autonomia da vontade no que se refere à escolha da lei. O art. 2399 do Código Civil Uruguaio dispõe que os atos jurídicos regem-se, em relação a sua existência, natureza, validade e efeitos, pela lei de seu lugar de cumprimento. O art. 2403 do mesmo diploma legal, é contrário de forma expressa à autonomia da vontade, ao dizer que as regras de competência

legislativa e judicial determinadas nesse Título, não podem ser modificadas pela vontade das partes.

Como visto anteriormente, no Brasil persiste o entendimento de não aceitação da lei escolhida pelas partes para reger os contratos internacionais. Vigora o princípio da lei do local da celebração, conforme disposto no *caput* do art. 9º da LINDB.

Pelo exposto, percebe-se que a autonomia da vontade não encontrou substrato legal entre os países membros do Mercosul. Devido a não existência de uma posição uniforme entre tais países, as partes contratantes, ao elaborar um contrato internacional em países integrantes do Mercosul, devem observar as consequências que poderão surgir em face da lei que será aplicável ao contrato. A ter conhecimento das normas de conflitos dos países envolvidos na relação contratual, pode ser identificado o possível sistema jurídico a ser aplicado, possibilitando uma escolha indireta da lei aplicável.

Para que o Mercosul possa alcançar um desenvolvimento econômico, político e social integrado, torna-se cada vez mais necessário a instituição de um ordenamento jurídico minimamente harmonizado entre seus países membros, capaz de permitir a operação desse espaço economicamente ordenado.

A ratificação da CIDIP V daria harmonização ao direito contratual regente das obrigações estabelecidas pelos integrantes dos países membros do Mercosul, além de estabelecer certeza e segurança jurídica aos contratantes, pois essa Convenção adota a autônoma da vontade como princípio responsável por estabelecer a lei aplicável aos contratos internacionais.

2.6 Autonomia da Vontade e Arbitragem Internacional:

A arbitragem é uma forma de resolução de conflitos que escapa do controle judicial, objetivando uma solução mais rápida e equânime para as partes. Segundo Vicente (1990, p. 27):

A arbitragem privada é um modo de resolução de litígios entre particulares (ou entre particulares e entes públicos, quando esses litígios emergem de relações jurídicas em que tais entes intervenham despidos de prerrogativas de autoridade), que se caracteriza pela subtração aos tribunais integrados na organização judiciária do Estado da competência para julgarem um diferendo actual ou eventual, e pela sua atribuição a uma ou mais pessoas designadas para o efeito, a cujas decisões pode ser conferida a mesma eficácia que possuem as sentenças judiciais.

No âmbito internacional há uma forte tendência para a utilização da arbitragem, devido aos incômodos e conflitos que surgem ao se tentar submeter uma dada negociação internacional a um sistema judicial nacional. Isto porque, as normas de conexões de direito internacional privado acabam por nacionalizar negociações ligadas a mais de um país, submetendo-as a uma norma nacional, criada para regulamentar negociações internas.

A arbitragem internacional também permite que a lei a ser aplicável seja escolhida pelas partes, além de também ser aplicável princípios gerais, usos e costumes, proporcionando uma solução mais próxima dos interesses das partes.

Mas, não se deve perder de vista que a arbitragem, mesmo sendo internacional, deve estar sujeita a uma ordem jurídica Estatal, a fim de se garantir o interesse público e a paz social, pois representa um desvio ao monopólio estatal da função jurisdicional. Tal sujeição também proporciona uma garantia aos contratantes, pois, em caso de violação de direitos, cabe recurso de anulação da decisão arbitral para o Poder Judiciário do Estado instituidor de tal ordem jurídica.

Por isso, é que as legislações nacionais não deixam de pressupor a sujeição das arbitragens internacionais ao direito processual de um Estado, podendo ser esse o direito do próprio lugar da arbitragem (princípio da territorialidade), ou o que for escolhido pelas partes para o feito (princípio da autonomia da vontade).

No Brasil, a Lei nº 9.307/96, afirma que “a arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes” (art. 2º, *caput*), e completa que as partes poderão “escolher livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública” (§1º) ou “convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio” (§2º).

Percebe-se a consagração do princípio da autonomia da vontade, não só nos contratos internacionais, como também nos contratos internos submetidos à arbitragem. Tal previsão legal é prova suficiente para rebater as opiniões contrárias ao princípio, que levam somente em conta a falta de previsão no art. 9º da LINDB.

No Mercosul foi firmado, no ano de 1998, o Acordo sobre Arbitragem Comercial Internacional do Mercosul, o qual visa proporcionar métodos alternativos para a solução de controvérsias surgidas de contratos comerciais internacionais concluídos entre pessoas físicas ou jurídicas de direito privado dos Estado membros.

Tal acordo dispõe, em seu artigo 9º, que “por disposição das partes, a arbitragem poderá ser de direito ou de equidade”, completando que, caso não seja estipulado, a arbitragem será de direito. Em relação a esse, dispõe o artigo 10, *in verbis*:

As partes poderão eleger o direito que se aplicará para solucionar a controvérsia com base no direito internacional privado e seus princípios, assim como no direito de comércio internacional. Se as partes nada dispuserem sobre esta matéria, os árbitros decidirão conforme as mesmas fontes.

Percebe-se que, de forma limitada, o Acordo prevê o princípio da autonomia da vontade, pois as partes poderão eleger o direito baseando-se nas regras de direito internacional privado. Não é este o caminho seguido pela legislação brasileira, que, como já afirmado, deixa uma grande margem de liberdade para que as partes escolham o direito aplicável à controvérsia pelo tribunal arbitral, ressalvando apenas a não violação aos bons costumes e à ordem pública.

Diante dessa divergência, o Decreto nº 4.719, de 4 de junho de 2003, responsável pela promulgação do Acordo no Brasil, fez uma ressalva ao artigo 10 ao afirmar que esse “deve ser interpretado no sentido de permitir às partes escolherem, livremente, as regras de direito aplicáveis à matéria a que se refere o dispositivo em questão, respeitada a ordem pública internacional”.

A promulgação desse Acordo no Mercosul representa um grande avanço para esse bloco, pois uniformiza o tema da arbitragem, além de prever a autonomia da vontade como instrumento de escolha do direito aplicável. Ainda peca por limitá-la pelas regras de direito internacional privado, limitação esta ressalvada pelo Brasil, e que deve ser seguida pelos outros Estados membros desse bloco, permitindo um crescimento constante nas negociações comerciais privadas entre esses países.

3 Cláusula *Hardship*:

Como já analisado neste trabalho, a característica principal dos contratos internacionais é a sua conexão com dois ou mais sistemas jurídicos. Mas também possuem traços importantes, sendo muito comum a longa duração.

Na maioria das negociações internacionais, os empresários optam por contratos que se perduram no tempo, devido à complexidade das negociações, em face de pertencerem a países distintos, com legislações diversas, além de envolver grande montante de dinheiro.

Por isso, os contratantes buscam inserir no contrato todos os pontos imagináveis relativos ao negócio, objetivando impedir o surgimento de qualquer dúvida ou controvérsia.

Mas, pela própria longa duração do contrato, este fica exposto à possibilidade de um acontecimento imprevisível e danoso, capaz de quebrar o equilíbrio econômico anteriormente existente, o qual poderá até inviabilizar a permanência do contrato. Faz-se mister, assim, a inserção da cláusula *hardship* durante a confecção do contrato, para preparar as partes contra o imprevisível.

A expressão *hardship* pode ser traduzida como endurecimento das condições, adversidade, necessidade, privação de fatos ou circunstâncias.

Por conseguinte, a cláusula *hardship* é um instrumento contratual que permite a sua revisão pelas próprias partes, quando as bases nas quais se funda o negócio são alteradas devido a acontecimentos imprevisíveis, capazes de quebrar o equilíbrio contratual.

Segundo Brandt (2006, p. 50):

Destarte, por *hardship* entende-se o evento que permite a renegociação do contrato diante da modificação das circunstâncias em razão da ocorrência de um fato imprevisível, que enseja a submissão de uma das partes a uma posição contratual injusta e desequilibrada, de forma que, ao cumprir sua obrigação contratual, esta necessariamente sofrerá um prejuízo substancial e desproporcional.

A cláusula *hardship* é responsável por dar maior certeza, segurança e previsibilidade às negociações internacionais. Possibilita a continuação da relação contratual, ao minimizar os riscos contratuais de inadimplemento, além de manter sob controle das partes possíveis controvérsias.

A presente cláusula representa a relativização do *pacta sunt servanda*, isto é, do princípio da obrigatoriedade, pois permite a alteração das bases iniciais do contrato, em face da autonomia contratual das partes. Segundo Araújo (2004, p. 842-843):

Com essa cláusula, o contrato passa a ter uma válvula de escape, que acionada permite a evolução e modificação do que foi pactuado, em vista das novas circunstâncias, mas sem se afastar de todo da obrigatoriedade da palavra empenhada.

É importante destacar a necessária presença da boa-fé nas renegociações contratuais. Essas devem ser provocadas sempre que ocorrer o desequilíbrio obrigacional entre as partes, visando à conservação da avença, não se podendo fugir da essência inicial do contrato internacional.

Para tanto, é importante que na cláusula *hardship* haja a previsão de meios capazes de resolver qualquer conflito que impossibilite um acordo na renegociação. Como exemplo, tem-se o recurso à arbitragem ou à resolução do contrato, os quais somente serão utilizados, normalmente, após o transcorrer de um prazo estipulado, ou com o consenso das partes.

Não é objetivo da cláusula *hardship* a resolução do contrato, e sim sua revisão, renegociação. Pode ser que a resolução seja a única solução encontrada pelas partes, ou resulte de uma via judicial, da arbitragem ou do interesse de terceiros, mas não é a finalidade da cláusula em questão.

3.1 Composição da Cláusula *Hardship*:

Como já visto, a cláusula *hardship* prima por possibilitar que as partes, através de um consenso, revisem o contrato, objetivando restabelecer o equilíbrio das obrigações pactuadas. Para tanto, deve ser redigida de forma a ser possível identificar as circunstâncias que levarão a sua aplicação, não deixando margem de arbitrariedade para nenhuma das partes.

De acordo com Araújo (2004, p. 843), a cláusula *hardship*, na “maior parte das vezes apresenta-se em duas partes: na primeira, explicita-se a hipótese e na segunda as condições de sua aplicação, quando da ocorrência dos eventos imprevistos”.

A hipótese consiste na determinação de possíveis circunstâncias, qualificadas pelas consequências, que poderão afetar a relação contratual. Não se aconselha que tais circunstâncias sejam vagas e abrangentes, pois podem dar margem à arbitrariedade de uma das partes, retirando da cláusula a sua finalidade. Dessa forma, é mais seguro que sejam estipuladas as circunstâncias de *hardship*, ou, pelo contrário, estipular quais circunstâncias não caracterizam tal situação.

Já a segunda parte da cláusula diz respeito ao regime aplicável em caso de ocorrência da hipótese. Pode ser imposta a renegociação, com condições já pré-definidas, ou atribuir a solução a um terceiro ou a um tribunal arbitral. Independente do caminho escolhido deve sempre ser observada a boa-fé e a lealdade entre as partes.

É importante ter em mente que não há uma forma pré-estabelecida para a cláusula *hardship*. As partes possuem total autonomia para estipular todos os assuntos que são

relevantes para os seus interesses, visando sempre adaptá-las a uma nova realidade econômica, comercial, tecnológica, política e social que possa influenciar os seus negócios.

3.2 Cláusula *Hardship* e Cláusula *Rebus sic stantibus*:

Pode-se afirmar que a cláusula *hardship* surgiu a partir do desenvolvimento da cláusula *rebus sic stantibus*. A criação desta é atribuída aos canonistas e glossadores da Idade Média (sécs. XIV a XVI), e representa a forma reduzida da expressão “*contractus qui habent tractum sucessivum et dependentiam de futuro, rebus sic stantibus intelligitur*”, isto é, “contratos que têm trato sucessivo ou dependem do futuro devem conservar a sua base de contratação inicial”. (SERSON, 2008, p. 94).

A cláusula *rebus sic stantibus*, segundo Pereira (2005, p. 162-163),

Consiste, resumidamente, em presumir, nos contratos comutativos, uma cláusula, que não se lê expressa, mas figura implícita, segundo a qual os contratantes estão adstritos ao seu cumprimento rigoroso, no pressuposto de que as circunstâncias ambientes se conservem inalteradas no momento da execução, idênticas às que vigoravam no da celebração.

Essa cláusula teve acolhida ao longo dos séculos XIV a XVIII, sendo que no final deste último, passou ao declínio, devido ao individualismo jurídico e à rigidez do contrato, que acolheu a máxima *pacta sunt servanda*.

Mas, com o advento da Primeira Guerra Mundial (1914-1918), instalou-se uma grande instabilidade econômica por todo o mundo, responsável por fazer a cláusula *rebus sic stantibus* resurgir, sob a denominação de Teoria da Imprevisão.

De acordo com a Teoria da Imprevisão, se ocorrer alteração imprevisível e extraordinária no cumprimento do contrato, que torne a obrigação excessivamente onerosa para uma das partes, faz-se mister a revisão contratual, visando restabelecer o equilíbrio contratual e possibilitar o prosseguimento da execução da obrigação.

Percebe-se, pelo exposto, que a cláusula *hardship* é a manifestação da Teoria da Imprevisão no âmbito internacional. Mas, apesar de ambas proporcionarem às partes a manutenção do equilíbrio contratual, possuem algumas diferenças.

A cláusula *rebus sic stantibus*, ou Teoria da Imprevisão, não necessita de previsão expressa no contrato, estando subentendida. Já a cláusula *hardship* deve ser expressamente prevista no texto contratual.

Por consequência, a cláusula *hardship* pode ter uma atuação mais eficaz em relação à teoria da imprevisão, pois pode estabelecer as hipóteses de sua aplicação. Segundo Araújo (2004, p. 843):

Poderia parecer suficiente o recurso à teoria da imprevisão para impedir a execução de um contrato em que o equilíbrio entre as partes foi rompido. A fórmula da cláusula de *hardship*, todavia, é bastante elaborada e permite a designação de certos eventos específicos, como a alta do preço de matérias-primas, modificações de ordem ambiental, imposição de novos impostos antes inexistentes, etc.

Outra diferença é que na teoria da imprevisão há a suspensão do exercício contratual até que se consiga reequilibrar as obrigações das partes, conforme estipulado no início do contrato. Já a cláusula de *hardship* não suspende o curso do contrato para que se realize a readaptação contratual, o que minimiza muito os prejuízos das partes.

Independente de suas diferenças, tanto a cláusula *hardship*, quanto a cláusula *rebus sic stantibus*, ou teoria da imprevisão, representam a relativização do *pacta sunt servanda*, em prol da conservação do equilíbrio contratual.

3.3 Cláusula *Hardship* e Força Maior:

A noção de força maior origina-se no direito romano, no qual possuía como principal função exonerar o devedor de responsabilidade quando da impossibilidade do cumprimento, ligada à extinção da obrigação, por fato não imputável a ele.

Força maior consiste em um fato superveniente à formação do contrato, imprevisível e inevitável, totalmente independente da vontade dos contratantes, capaz de impossibilitar a execução do contrato.

A cláusula de força maior é bem próxima da cláusula *hardship*, mas não se confundem, pois enquanto aquela representa uma impossibilidade absoluta de continuação do contrato, esta representa uma impossibilidade relativa, o que permite a renegociação contratual. Esse é o entendimento exposto por Strenger (2003, p. 270):

Hardship e força maior aproximam-se, à medida que ambas devem ser imprevisíveis e inevitáveis, mas, enquanto a força maior torna, normalmente, impossível a execução do contrato, a circunstância *hardship* o torna substancialmente mais oneroso para uma das partes. A economia do contrato fica afetada, sendo porém, possível executá-lo.

Assim, a força maior caracteriza-se pela imprevisibilidade, inevitabilidade, exterioridade com relação à vontade das partes e o efeito de tornar a execução impossível. Já a cláusula *hardship*, também se caracteriza pela imprevisibilidade, inevitabilidade e exterioridade, mas se diferencia pela onerosidade excessiva para uma das partes, responsável pelo desequilíbrio contratual, que dificulta a execução do contrato, mas não a impossibilita, podendo ocorrer uma renegociação.

Dessa forma, em um mesmo contrato, podem coexistir uma cláusula *hardship* e uma cláusula de força maior, que, se bem redigidas, se complementarão, dando maior certeza e segurança aos contratantes.

A extinção da obrigação é o principal efeito da cláusula de força maior, que pode ser precedido pela suspensão da execução do contrato por um prazo razoável, a fim de que a execução volte a ser possível. Já no caso da cláusula *hardship* a situação é diversa, pois busca-se a renegociação, a revisão do contrato, sem a suspensão de sua execução, a fim de se reequilibrar o contrato e minimizar os prejuízos das partes; somente em situações extremas é que ocorre a extinção do contrato.

Conclui-se que, em um contrato internacional, são necessárias ambas as cláusulas, a fim de prevenir e disciplinar hipóteses de inexecução do contrato por fatores exteriores à vontade das partes. Pela valorização dos acontecimentos supervenientes à formação do contrato, é possível aferir sobre a necessidade, ou não, da rescisão do contrato, e sua possibilidade de revisão, objetivando atender os interesses dos contratantes.

3.4 Regulamentação da Cláusula *Hardship*:

Os contratos internacionais submetidos à legislação brasileira não enfrentam problemas para a aplicação da cláusula *hardship*, pois este tema encontra regulação em dois diplomas legais: o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90 - CDC) e o Código Civil (Lei nº 10.406/02 – CC/02).

O art. 6º, inciso V, do CDC, afirma que é direito básico do consumidor, “a modificação de cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que se tornem excessivamente onerosas”. Tem-se, assim, prevista a necessidade de manutenção do equilíbrio contratual nas relações de consumo.

O CC/02 dispõe sobre a onerosidade excessiva nos artigos 478 a 480. O primeiro dispõe que:

Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.

Tem-se, nesse artigo, a enumeração dos requisitos necessários para a aplicação da cláusula *hardship*, mas não é citada renegociação, somente a extinção do contrato. Tal previsão vem no art. 479, ao afirmar que “a resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato”.

O art. 480 completa o raciocínio, ao afirmar, *in verbis*: “Se no contrato as obrigações couberem a apenas uma das partes, poderá ela pleitear que a sua prestação seja reduzida, ou alterado o modo de executá-la, a fim de evitar a onerosidade excessiva”.

Mas, a cláusula *hardship* encontra regulamentação expressa e detalhada nos Princípios Relativos aos Contratos Comerciais Internacionais, adotados em 1994, pelo Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado (Unidroit), conhecidos como Princípios do Unidroit. Tais princípios podem ser aplicados aos contratos relacionados com o Brasil, devido à permissão do art. 2º da Lei de Arbitragem, o qual permite a autonomia da vontade na eleição do Direito aplicável.

Sobre os Princípios, afirma Araújo (2004, p. 845):

Constituem fonte não-legislativa de unificação ou harmonização do Direito dos Contratos Comerciais Internacionais. Sua autoridade como fonte do Direito decorre, de um lado, da excelência do trabalho realizado pelos juristas envolvidos em sua elaboração, representantes de todas as tradições jurídicas contemporâneas e, de outro, pela sua crescente utilização em contratos, arbitragens e litígios judiciais de caráter internacional, que resulta de seu caráter persuasivo e adequação às relações transacionais, já tendo sido utilizados pelos tribunais de diversos países e em arbitragens internacionais, desde sua edição.

A cláusula de *hardship* está disciplinada no artigo 6.2 dos Princípios. Tal artigo fala sobre a obrigatoriedade do contrato, define *hardship* e enumera seus efeitos:

Artigo 6.2.1 (Obrigatoriedade do contrato) Se a execução de um contrato torna-se mais onerosa a uma das partes, esta parte permanece igualmente obrigada a adimplir suas obrigações, salvo nos termos das seguintes disposições sobre *hardship*. Artigo 6.2.2 (Definição de *hardship*) Existe *hardship* quando ocorrem eventos que alteram substancialmente o equilíbrio do contrato, seja pelo aumento do custo da execução da prestação de uma das partes ou pela diminuição do valor da contraprestação, e (a) os eventos ocorrem ou se tornam conhecidos pela parte em desvantagem após a conclusão do contrato; (b) os eventos não puderem ser razoavelmente levados em consideração pela parte em desvantagem no momento da

conclusão do contrato; (c) os eventos estão fora do controle da parte em desvantagem; e (d) o risco de tais eventos não foi assumido pela parte em desvantagem. Artigo 6.2.3 (Efeitos do *hardship*) (1) Em caso de *hardship*, a parte em desvantagem tem direito de pedir a renegociação do contrato. O pedido deve ser feito sem demora injustificada e deve indicar os fundamentos sobre os quais se assenta; (2) O pedido de renegociação, por si, não dá à parte em desvantagem o direito de suspender a execução; (3) Se as partes não chegam a um acordo em um prazo razoável, qualquer parte pode recorrer ao tribunal; (4) Se o tribunal entende tratar-se de uma hipótese de *hardship* pode, se considerar razoável: (a) extinguir o contrato na data e nas condições a serem fixadas, ou (b) adaptar o contrato a fim de restaurar o equilíbrio.

A adoção desses Princípios pelos operadores jurídicos traz mais segurança e certeza aos contratantes internacionais, pela clareza da disposição e pela uniformização das práticas contratuais internacionais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O comércio internacional encontra-se em um contínuo desenvolvimento, impulsionado pela evolução dos meios de comunicação, pelo aumento da complexidade das exigências de consumo, pela maior intensidade da realidade concorrencial, proporcionando a interligação cada vez maior entre empresas de vários países, em busca do aumento do mercado consumidor.

A interligação contratual das empresas pertencentes a países distintos, regidos por diferentes sistemas jurídicos, faz com que se instale um verdadeiro impasse sobre a determinação da legislação aplicável aos contratos internacionais. Na falta de uma legislação uniforme entre os países, cabe atribuir aos próprios contratantes o dever de estipular a lei reguladora da avença.

Dessa forma, tem-se o princípio da autonomia da vontade, que atribui aos contratantes a liberdade de estipulação de todas as cláusulas contratuais, a fim de atender aos seus interesses, inclusive determinar a lei aplicável ao contrato internacional.

Por viabilizar a determinação do direito aplicável ao contrato internacional, a autonomia da vontade é responsável por atribuir certeza e segurança jurídica às negociações, tendo em vista que o comércio internacional ainda é um ambiente jurídico em que a normatização não se desenvolveu de forma satisfatória.

Limitações à aplicação da autonomia da vontade devem ser minimizadas ao máximo nas legislações dos países. O Brasil deu um grande passo ao prever sua aplicação no

art. 2º da Lei de Arbitragem, mas ainda não é suficiente, tendo em vista o polêmico art. 9º da LINDB.

No Mercosul, Argentina, Paraguai e Uruguai ainda não adotaram o princípio em suas legislações. Solução para esse impasse é a ratificação da CIDIP V pelos países membros desse bloco, a fim de possibilitar o aumento da integração e o desenvolvimento dessa união.

Tornando ainda mais complexo o âmbito dos contratos internacionais, tem-se a constante transformação do mercado internacional, no qual, qualquer acontecimento relevante que ocorra em um determinado país, afeta todos os outros, tornando tal ambiente inseguro. Devido a longa duração que normalmente os contratos tem, é impossível imaginar que a situação econômica, política, social, existente durante a formação do contrato irá ser a mesma do momento da execução das obrigações.

Nesse contexto, tendo-se em vista a autonomia da vontade das partes, tornou-se comum a pactuação de uma cláusula que permita a revisão contratual quando se alterarem as bases nas quais foi fundado o negócio. É a denominada cláusula *hardship*.

Considerada como um instrumento de renegociação contratual, a cláusula *hardship* será aplicada quando um evento imprevisível e inevitável, exterior à vontade das partes, gere grande dificuldade na execução do contrato, devido à onerosidade excessiva para uma das partes. Permite, através da revisão contratual, o retorno do equilíbrio, assegurando a continuação do contrato e minimizando os riscos de inadimplemento.

Encontra-se, nos Princípios do Unidroit, a melhor regulamentação da cláusula *hardship*, a qual pode ser utilizada pelo Brasil, devido à permissão prevista no art. 2º da Lei de Arbitragem. Além disso, ao disciplinar a onerosidade excessiva, o legislador brasileiro contemplou a adoção dessa cláusula tanto no CDC, quanto no CC/02.

Enfim, o princípio da autonomia da vontade e a cláusula *hardship* são dois pontos importantíssimos nas relações comerciais internacionais, em torno dos quais ainda não há uma normatização uniforme. Para uma evolução satisfatória do comércio internacional, é indispensável que os Estados passem a aceitá-los, seja incluindo-os em seus ordenamentos jurídicos, seja por intermédio de convenções internacionais.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Nádya de. **Contratos Internacionais: Autonomia da Vontade, Mercosul e Convenções Internacionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

_____. **Direito Internacional Privado: Teoria e Prática Brasileira.** Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. A Cláusula de Hardship nos Contratos Internacionais e sua Regulamentação nos Princípios para os Contratos Comerciais Internacionais do Unidroit. In: MENEZES, Wagner (org.). **Direito Internacional e o Direito Brasileiro: homenagem a José Francisco Rezek.** Ijuí: Unijuí, 2004.

BAPTISTA, Olívia Cerdoura Garjaka. Lei de Regência e Foro Competente nos Contratos Internacionais de Comércio. In: **Revista de Direito Internacional e Econômico.** Porto Alegre: Síntese/INCE, nº 14, jan/mar, 2006, p. 127-138.

BASSO, Maristela. O Direito de Empresa na Nova Ordem Econômica Internacional. In: BAPTISTA, Luis Olavo; FONSECA, José Roberto Franco da. **O Direito Internacional no Terceiro Milênio.** São Paulo: LTr, 1998, p. 120-151.

BRANT, Caroline Botsman. A Cláusula de Hardship nos Contratos Internacionais. In : **Revista de Direito Internacional e Econômico.** Porto Alegre: Síntese/INCE, nº 14, jan/mar, 2006, p. 46-61.

DINIZ, Maria Helena. **Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada.** 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **Tratado Teórico e Prático dos Contratos.** v. 1. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003

DOLINGER, Jacob. **Direito Internacional Privado (Parte Geral).** 6. ed, ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001

_____. **Direito Internacional Privado (Parte Especial): Contratos e Obrigações no Direito Internacional Privado.** V. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

FINKELSTEIN, Cláudio; GOUVEIA, Roberta Correia. Cláusula Hardship: Imprevisão ou Incerteza? In: **Revista de Direito Internacional e Econômico.** Porto Alegre: Síntese/INCE, nº 15, abr/jun, 2006, p. 63-72.

PAIVA, Heloísa Assis de. Escolha da Lei de Regência nos Contratos Internacionais. In: **Revista de Direito Internacional e Econômico.** Porto Alegre: Síntese/INCE, nº 7, abr-maio-jun/2004, p. 44-65.

PAIVA, Heloísa Assis de. SILVA, Ludmila de Paula Castro. Apreciação Crítica sobre a Positivização da Autonomia da Vontade na Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro. In: MENEZES, Wagner (coord.). **Estudos de Direito Internacional.** Vol. X. Curitiba: Juruá, 2007, p. 248-255.

SERSON, Nilton. Cláusula de Hardship, viabilidade nos contratos nacionais. In: **Revista do Advogado: Temas atuais sobre direito comercial.** São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo, nº 96, ano XXVIII, mar. 2008, p. 92-98.

JO, Hee Moon. **Moderno Direito Internacional Privado.** São Paulo: LTR, 2001.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil – Contratos**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 3.

TEIZEN JÚNIOR, Augusto Geraldo. **A função social no Código Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

STRENGER, Irineu. **Direito Internacional Privado**. 6. ed. São Paulo: LTR, 2005.

_____. **Contratos Internacionais do Comércio**. 4. ed. São Paulo: LTR, 2003.

_____. **Da Autonomia da Vontade**. São Paulo: LTR, 2000.