

# Contrato internacional na crise: reflexões sobre as cláusulas de força maior e *hardship* *em tempos de Covid-19*

## ***International contract in the crisis: reflections on the force majeure and hardship clauses in the Covid-19***

Frederico E. Z. Glitz<sup>1</sup>

**Resumo:** O presente estudo abordou como o Direito contratual internacional busca prever e regular possíveis crises contratuais futuras que impeçam ou onerem excessivamente a execução do contrato. Partindo de duas cláusulas específicas, a de força maior e a de *hardship*, e analisando seus requisitos e efeitos a partir de dois padrões internacionalmente consagrados (UNIDROIT 2016 e CCI 2020) buscou-se, ao final, extrair conclusões acerca da possível e eventual invocação de tais cláusulas em razão dos efeitos da pandemia do COVID-19.

**Palavras-chave:** Força maior. *Hardship*. Pandemia. Covid-19.

**Abstract:** The present study addressed how international contract law aims to predict and regulate possible future contractual crises that prevent or excessively burden the performance of the contract. Starting from two specific clauses, the force majeure and the hardship, and analyzing its requirements and effects from two internationally established standards (UNIDROIT 2016 and CCI 2020), sought, at the end, to extract conclusions on the possible and eventual invocation of such clauses in reason of the effects of the COVID-19 pandemic.

**Keywords:** *Force Majeure*. *Hardship*. Pandemic. Covid-19.

## 1. Introdução

Muito já se escreveu sobre o assombro mundial causado pela pandemia causada pelo COVID-19 e suas consequências sociais. Este texto foi escrito em meio a uma delas: o distanciamento social voluntário. Em tempos de várias incertezas, o que parece desde já certo é que a normalidade ganhará novos contornos.

---

<sup>1</sup> Doutor em Direito das Relações Sociais (UFPR). Professor de Direito Internacional Privado e Coordenador Geral da Pós-Graduação do Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA). Advogado. ORCID n. 0000-0002-0191-9129.

O incentivo à utilização da tecnologia nas interações empresariais e educacionais, os novos contornos das relações humanas, a comunicação mais direta e menos presencial e, por outro lado, a(s) miséria(s) humana(s), a doença e a morte, a provável recessão econômica e o incremento generalizado da pobreza não podem ser negligenciados. Contudo, as consequências sociais da pandemia, por mais relevantes que sejam, não serão o objeto deste ensaio. Isso porque seria impossível abarcá-las em tão estreito espaço de reflexão. Elas serão, por outro lado, com a mais absoluta certeza (mais uma, neste contexto de incerteza), objeto de estudos acadêmicos, das artes, dos discursos e das políticas públicas de longo prazo.

O que se busca neste exercício acadêmico é a constatação de um trabalho hercúleo, ou seja, a “história” de como um Direito voltado ao futuro (o Contratual), por meio de seu instrumento por excelência (o contrato) busca regular uma operação econômica com base em um ato de previsão.

Tal afirmação exige explicações. A primeira delas é que o presente estudo se circunscreve à técnica contratual empregada em negócios de natureza internacional (GLITZ, 2013). Isso porque, neles a presença do Estado como agente normativo é menos evidente e, portanto, a liberdade individual, ainda que não seja absoluta, pode ser aferida em expressão mais nítida.

A segunda explicação é que o objeto de análise é a técnica contratual empresarial. Este recorte tem um motivo: as consequências econômicas e sociais dos fenômenos globalizantes engendraram uma mais disseminada circulação de produtos e serviços que, potencializados pela tecnologia, podem ser oferecidos e usufruídos em um ambiente em que as fronteiras são menos relevantes. Disso decorrerá, portanto, que fenômenos mais raros no passado, sejam hoje objeto de vívida preocupação: o consumo transfronteiriço; a celebração de negócios internacionais por contratantes não habituais ou profissionais e/ou por sujeitos não vulneráveis entre si. Os contratos internacionais civis (por exemplo por meio de plataformas *peer to peer*) e os

contratos internacionais de consumo (do turismo aos licenciamentos de *softwares* e aplicativos) não são objeto das considerações e conclusões deste ensaio. Também estão, por consequência, excluídos os negócios com objeto existencial e que, portanto, partiriam de premissas distintas daquelas de uma operação econômica.

Convém destacar, ainda, que a análise não se dará com base em legislação, jurisprudência ou padrões e práticas nacionais. Esta observação é relevante na medida em que, a depender do sistema jurídico envolvido, diferentes abordagens e remédios estarão disponíveis (ou não).

O que se pretende com este ensaio é, então, por meio da análise de dois tipos distintos de padrões internacionais de cláusulas, a constatação das dificuldades típicas deste exercício de previsibilidade contratual em um contexto de crise, como o da recente pandemia, que, por sua vez, ocupará as reflexões conclusivas. Para esta abordagem, os dois tipos de cláusulas escolhidos foram a de força maior e a de *hardship* e, porque são possíveis inúmeras variações em suas respectivas redações, o presente estudo baseou-se nos dois importantes padrões internacionais: as cláusulas modelo da CCI e os Princípios UNIDROIT relativos aos Contratos comerciais Internacionais.

Para que o estudo possa atingir o objetivo declarado será necessário repassar, ainda que brevemente, o tratamento dispensado a cada uma destas ferramentas negociais para, daí sim, se constatar os limites da técnica contratual no exemplo da recente pandemia. Para tanto, seus requisitos e efeitos serão analisados segundo uma metodologia de comparação. Eis o que se passa a fazer.

## 2. O contexto das cláusulas de força maior e *hardship*

Em contratos de longa duração, sujeitos, portanto, às intempéries econômicas e às ironias da vida real, é extremamente útil a previsão de algum

tipo de mecanismo de salvaguarda em relação a flutuações do equilíbrio contratual que serviu de premissa para o negócio.

Estas ferramentas podem ser variadas e cobrir os mais diferentes tipos de riscos. Assim, por exemplo, no Brasil, em razão de seu histórico inflacionário, desenvolveu-se a noção de uma cláusula de correção monetária. Neste mesmo sentido, o desequilíbrio causado em obrigações pecuniárias, pode ser objeto de cláusulas de reajuste ou, mesmo, do controle do prazo contratual e de suas eventuais prorrogações. Podem-se, ainda, mencionar as condições contratuais padronizadas (como os INCOTERMS<sup>2</sup>) que podem ser utilizadas para o gerenciamento do momento de ocorrência da transferência do risco de deterioração ou perda da coisa (influenciando diretamente no custo, por consequência). De um modo geral, contudo, quando os temas da cláusula de força maior e da cláusula de *hardship* são trazidos à análise, o risco que se está buscando alocar é aquele das eventuais dificuldade e/ou impossibilidade de execução de um contrato.

Dentro de um contexto mais amplo, a dificuldade e a impossibilidade de execução do contrato devem ser entendidas não como fenômenos únicos, mas capazes de se apresentar sob variados matizes. Assim, tais riscos precisam ser, em tese, compreendidos por meio de possíveis classificações para, posteriormente, a cada uma delas, ser atribuído remédio específico (MARTINS-COSTA; HAICAL, 2019).

Se o risco a ser tratado, por exemplo, é aquele da impossibilidade de execução do contrato em razão dos efeitos de um determinado evento futuro, o contexto da impossibilidade é superveniente à formação do contrato.

As cláusulas em estudo se inserem, justamente, neste contexto em que se perquire a extrema dificuldade (ou não) e a impossibilidade (ou não) de execução do contrato por consequências dos efeitos de evento posterior à

---

<sup>2</sup> Para detalhes sobre a utilização deste tipo de cláusula, sugere-se a leitura: TRANSFERÊNCIA DO RISCO CONTRATUAL E INCOTERMS: breve análise de sua aplicação pela jurisprudência brasileira. Revista do Instituto do Direito Brasileiro da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, v. 5, p. 3885-3944, 2013 (GLITZ, 2013).

formação dele. É, portanto, neste sentido que podem ser entendidas como cláusulas que visam prever as consequências obrigacionais decorrentes de evento futuro. É também neste sentido que se afirmou que representam exemplos de trabalho hercúleo.

As mencionadas classificações do risco (extrema dificuldade/impossibilidade) ajudam ainda a definir o remédio utilizado ou a dosagem a ser empregada. Neste sentido, portanto, serão distintos os remédios quando os efeitos do evento superveniente importarem a mera oneração da execução do contrato; a oneração da execução do contrato que possa ser imputável ao contratante; a impossibilidade da execução do contrato que possa ser imputável ao contratante ou a impossibilidade da execução contrato que seja meramente temporária.

Desta forma, é relevante compreender as razões da oneração, como, por exemplo: (i) qual o grau de comprometimento do equilíbrio contratual; (ii) a oneração é imputável ao contratante? (iii) trata-se de uma flutuação normal do mercado? (iv) é possível a manutenção do contrato?

No que tange à impossibilidade superveniente também é necessário estabelecer algumas premissas: (i) a impossibilidade é imputável ao contratante que a alega ou não? (ii) a impossibilidade é total ou parcial? (iii) a impossibilidade é objetiva ou subjetiva? (iv) a impossibilidade é definitiva ou temporária?

E por que tais questionamentos são necessários? Antes de mais nada porque se entende, no contexto do presente ensaio, que os riscos são alocados com base em premissas de avaliação de benefício e custo. Assim, como prever todos os riscos seria impossível, contingencializá-los seria extremamente oneroso. O contrato, portanto, convive com, e se baseia em, riscos calculados.

Em segundo lugar, dentro do contexto do presente estudo (contratos empresariais internacionais), porque a finalidade de uma relação obrigacional contratual é, justamente, a satisfação de interesses patrimoniais idôneos. Desta forma, a normalidade se encontra em seu cumprimento e sua alteração

ou sua extinção diversa do adimplemento (especialmente sem cumprimento) são medidas excepcionais. O contrato, portanto, pressupõe sua conservação sempre que possível (GLITZ, 2013).

Em terceiro lugar, porque as cláusulas objeto deste estudo têm aplicação restrita a apenas algumas das hipóteses de impossibilidade superveniente. E, por fim, porque em ambos os tipos de cláusula a premissa é que o fato (da realidade) e suas consequências não possam ser imputadas ao contratante, já que se o forem, estar-se-ia diante de um cenário clássico de inadimplemento.

Dito isso, convém destacar, por fim, que as cláusulas objetos de estudo refletem, em grande medida, a tensão existente entre a *pacta sunt servanda* e a *rebus sic stantibus* (DRAETTA, 2001, p. 297-308), ainda que delas decorrem consequências contratuais distintas (ULLMANN, 1988, p. 892) (RIMKE, 1999-2000, p. 201).

Nas hipóteses descritas por ambos os tipos de cláusula o que está em jogo é, portanto, a execução do contrato que tenha sido atingido pelos efeitos de fato superveniente a sua celebração, consequências estas que não possam ser imputadas aos contratantes.

Como se tratam de cláusulas, por certo, há amplo espaço de liberdade em sua redação. Este espaço é acentuado quando o ambiente é aquele tomado por premissa do presente estudo: o de internacionalidade de um contrato empresarial. Daí porque uma miríade de variações seria possível. O que ocorre, contudo, é que em termos gerais pode se afirmar a existência de uma certa padronização destas cláusulas em âmbito internacional. Analisaremos, portanto, dois importantes padrões internacionais que servem de referência para a redação de tais cláusulas: os Princípios UNIDROIT<sup>3</sup> relativos aos

---

<sup>3</sup> Os Princípios UNIDROIT são um *restatement* de importância internacional que é compilado pelo Instituto Internacional para a unificação do Direito Privado. A versão mais atual é a de 2016 e está disponível no site do Instituto. A tradução para o português, lá disponível, é que foi utilizado como referência para o presente estudo. Disponível em: <https://www.unidroit.org/unidroit-principles-2016/other-languages/portuguese-black-letter>.

contratos comerciais internacionais - 2016 (doravante ‘Princípios’) e a cláusula modelo da CCI<sup>4</sup> - 2020 (doravante ‘Cláusula CCI’).

Para que esta análise seja a mais didática possível, convém adotar uma metodologia comparativa entre os padrões e as duas cláusulas, segundo seus requisitos e efeitos. Assim, será possível compreender não só os espaços que ocupam, mas as fronteiras que dividem, extraindo conclusões pertinentes aos efeitos do COVID-19.

### 2.1. O evento de *hardship* e o evento de força maior

Tanto a cláusula de força maior como a cláusula de *hardship*<sup>5</sup> costumam ser redigidas com base em uma estrutura binária: evento e consequência (ULLMAN, 1998). As mais detalhadas cláusulas costumam, ainda, estabelecer regras procedimentais de apuração dos efeitos do evento de modo a se invocarem as consequências de cada cláusula. Iniciemos este estudo comparativo pela definição do evento de *hardship*.

a) Evento de *hardship*: O evento de *hardship* é descrito pelos Princípios e pela Cláusula CCI nos seguintes termos:

UNIDROIT 2016 (art. 6.2.2)	CCI 2020
<p>“Há <i>hardship</i> quando sobrevêm fatos que alteram fundamentalmente o equilíbrio do contrato, seja porque o custo do adimplemento da obrigação de uma parte tenha aumentado, seja porque o valor da contraprestação haja diminuído, e</p> <p>(a) os fatos ocorrem ou se tornam conhecidos da parte em desvantagem após a formação do contrato;</p> <p>(b) os fatos não poderiam ter sido razoavelmente levados em conta pela parte</p>	<p>“2. Não obstante o parágrafo 1º desta Cláusula, quando a parte comprovar que:</p> <p>a) o cumprimento das suas obrigações contratuais se tornou mais oneroso devido a um evento que não poderia ter sido razoavelmente levado em consideração ao tempo da conclusão do contrato; e que</p> <p>b) o evento ou suas consequências não poderiam ter sido razoavelmente evitados ou superados, as partes estão</p>

<sup>4</sup> As cláusulas modelo de força maior e *hardship* da Câmara Internacional do Comércio (CCI) foram recentemente revistas e traduzidas para o português e estão disponíveis no site: <http://iccbrasil.org/media/uploads/2020/04/30/forca-maior-e-hardship.pdf>.

<sup>5</sup> Esta característica, especificamente para as cláusulas de *hardship*, é enfatizada por (ULLMANN, 1988, p.889 ; ESCALONA, 2000, p. 82; RIMKE, 1999-2000, p. 228; FRIGNANI, 1979, p. 701).



em desvantagem no momento da formação do contrato; (c) os fatos estão fora da esfera de controle da parte em desvantagem; e (d) o risco pela superveniência dos fatos não foi assumido pela parte em desvantagem”.	obrigadas, dentro de um prazo razoável do recurso a esta Cláusula, a renegociar os termos do contrato de uma forma que permita a razoável superação das consequências do evento”.
--	---

Inicialmente convém realizar um alerta: o fato em si, considerado isoladamente, não seria suficiente para se invocar a cláusula de *hardship* (e mesmo a de força maior), já que é imprescindível que as consequências deste fato atinjam a prestação contratual. Daí porque a cautela impõe que a análise da viabilidade de invocação de uma cláusula de *hardship* seja feita para cada caso concreto. Desta forma, para os fins do presente ensaio, por ‘evento’ se entendem o fato e suas consequências.

A tradução, não jurídica, mais simples do termo *hardship* a aproxima da noção de onerosidade ou dificuldade. Esta tradução, contudo, pode trazer problemas para aquele operador, acostumado com a lógica do Direito continental europeu, que faça a transposição imediata para a o sentido de onerosidade excessiva.

Isso porque nos mais variados ordenamentos jurídicos domésticos, a expressão *onerosidade excessiva* acaba sendo empregada para abranger e explicar hipóteses de revisão do contrato<sup>6</sup>. No Brasil, para citar apenas algumas, ao lado da figura da onerosidade excessiva (consagrada pelo art. 6º, V<sup>7</sup> do Código de Defesa do Consumidor), existiriam ainda outras hipóteses de tão drástico remédio contratual, como a figura do art. 317<sup>8</sup> do Código Civil (que teria sido pensada originariamente para a correção monetária), as

<sup>6</sup> Para fins do presente estudo entende-se a revisão contratual como a técnica por meio da qual um terceiro, usualmente um juiz nacional, intervém no conteúdo contratual revendo seus termos, reduzindo-os ou conservando-os.

<sup>7</sup> Art. 6º, CDC. São direitos básicos do consumidor: [...] V - a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas;

<sup>8</sup> Art. 317, CC. Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação.



hipóteses combinadas dos arts. 478 e 479<sup>9</sup>, também do Código Civil (que se referem à resolução contratual) e a vetusta construção jurisprudencial/doutrinária da teoria da imprevisão. Tratemos, portanto, de afastar, já de início, esta possível confusão ou analogia. Estamos diante, aqui, de hipótese distinta, específica de contratos internacionais, prevista por meio de cláusula especial e, portanto, passível de amplo espaço de criação.

Passando à análise dos padrões, convém destacar que tanto os Princípios como a Cláusula CCI enfatizam que a cláusula de *hardship* trata de situação excepcional, isto é, não deve ser pensada como de aplicação geral, mas como exceção à obrigatoriedade do contrato em um determinado e específico caso. Isso fica evidente na redação de ambos os instrumentos.

UNIDROIT 2016 (Art. 6.2.1)	CCI 2020
<p>“Quando o cumprimento de um contrato torna-se mais oneroso para uma das partes, tal parte continua, ainda assim, obrigada a cumprir o contrato, ressalvadas as disposições seguintes a respeito de <i>hardship</i>”.</p>	<p>“1. A parte em uma relação contratual é obrigada a adimplir suas obrigações ainda que fatos tornem o cumprimento do contrato mais oneroso do que se podia razoavelmente esperar ao tempo da sua celebração”.</p>

Percebe-se, então, que a invocação da cláusula de *hardship* não é hipótese padrão para qualquer tipo de dificuldade ou onerosidade contratual. Estas, especialmente no contexto definido por este ensaio, são não só naturais aos contratos, mas de alguma forma esperadas. A dificuldade ou onerosidade, então, deve ser qualificada.

O evento de *hardship* é condicionado à ocorrência de evento que altere profundamente o equilíbrio contratual quer pelo aumento dos custos envolvidos como pela diminuição do valor da contraprestação<sup>10</sup>, na explicação

<sup>9</sup> Art. 478, CC. 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.

Art. 479, CC. A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato.

<sup>10</sup> Os Comentários aos Princípios estabelecem a necessidade de que a averiguação objetiva dessa onerosidade, sendo irrelevante a simples alteração da opinião do credor da prestação

dos Princípios. Além disso, os Princípios referem-se à alteração fundamental (art. 6.2.2, *caput*). Nos seus Comentários, referem-se à alteração essencial que deverá ser apurada no caso concreto (UNIDROIT, 2016), como também recomenda a construção doutrinária (ULLMANN, 1988, p. 891). Note-se, também, que os Princípios não mencionariam, expressamente, a perda da utilidade econômica do contrato (FONTAINE, 1997, p. 188). Neste último aspecto, a versão mais recente dos Comentários afirma que a frustração do propósito da execução só pode ser levada em consideração quando ele for, ou devesse ser, conhecido pelo outro contratante.

Tais ressalvas não constam, de forma expressa, na cláusula CCI. Assim, poder-se-ia, em princípio, imaginar que a Cláusula CCI levaria em consideração a onerosidade não qualificada. Contudo, parece seguro afirmar, que não é qualquer onerosidade que pode ser levada em consideração para se invocar a cláusula de *hardship* no padrão CCI. Interpretar em sentido contrário faria com que a exceção se tornasse a regra. Lembre-se que também na Cláusula CCI a *hardship* é de aplicação excepcional. Por isso, deve-se manter em mente que a cláusula de *hardship* se refere a eventos supervenientes à formação do contrato, já que os efeitos do evento precisariam se fazer sentir na execução contrato.

Tanto os Princípios como a Cláusula CCI foram omissos acerca da natureza do evento (PARRINELLO, 2003, p. 465). Os Comentários aos Princípios trazem, por outro lado, alguns exemplos. Segundo Luiz Olavo Baptista, ao contrário da força maior, esses eventos não seriam devidos a causas naturais ou a fatos de terceiros, mas a eventos especialmente econômicos (BAPTISTA, 1994, p. 146)<sup>11</sup>. Em tese seria possível que uma eventual cláusula incluísse eventos políticos, naturais e mesmo alterações

---

quanto ao valor desta. Alerta-se, ainda, que a diminuição do valor da prestação pode-se dar não só pelas condições do mercado como pela frustração da finalidade da contraprestação. (UNIDROIT, 2016). Neste mesmo sentido (ESCALONA, 2000, p. 83).

<sup>11</sup> Maria Luiza Machado Granziera (GRANZIERA, 1993, p. 98) e Jairo Silva Mel (MELO, 2000, p. 81-82) referem-se a eventos políticos, econômicos, financeiros, legais e tecnológicos.

jurídicas. Baptista considera possível, mesmo, a exemplificação de eventos que possam ser entendidos como caracterizadores da *hardship*, ainda que isso expusesse certa previsibilidade (MELO, 2000, p. 84). Parte da doutrina recomenda, inclusive, a redação de cláusulas abertas, vez que nem todas as especificidades do caso seriam previsíveis (SCHMITTHOFF, 1980, 86). Aqui já se reconhece, então, a quase impossibilidade deste ato de previsão.

Além da importância da onerosidade que afeta o equilíbrio contratual, causada por eventos supervenientes à formação do vínculo negocial, percebe-se, pois, a existência de pontos de contato entre as formas com que cada padrão trabalha o evento de *hardship*: (a) a não previsibilidade evento (fato e suas consequências); (b) e efeitos que não podem ser evitados ou superados.

Destaque-se que a Cláusula CCI não menciona, expressamente, como fazem os Princípios, a necessidade de que o fato e suas consequências estejam fora do controle do contratante. Parece seguro afirmar, no entanto, que o contratante que pretenda invocar a cláusula de *hardship* não pode ter dado causa ao evento ou com ele contribuído de qualquer forma. Caso o fizesse, a depender do Direito aplicável ao caso, diferentes institutos incidiram como o inadimplemento, o abuso de direito, etc.

Os dois outros dois pontos são, por outro lado, mencionados expressamente por ambos os padrões: a previsibilidade (ou não do evento) e o controle (ou não) das consequências.

Quanto a chamada imprevisibilidade, ambos os padrões utilizam expressões gerais: “não poderiam ter sido razoavelmente levados em conta” (UNIDROIT, 2016) e “não poderia ter sido razoavelmente previsto” (CCI, 2020).

Os Comentários aos Princípios frisam a importância de que o contratante que a invoca não conhecesse o evento (fato e consequências) que alteraria o equilíbrio do contrato. Eles utilizam o termo imprevisível (*not foreseeable*) e se refere a caso em que se esperava que negociantes petrolíferos

tivessem conhecimento da instabilidade política do mercado (UNIDROIT, 2016).

Notem a complexidade deste tipo de debate: por mais conhecidas que flutuações econômicas sejam, foi apenas em 2020, pela primeira vez, que o preço do barril do petróleo atingiu valor negativo<sup>12</sup>. Por outro lado, o mercado estaria há algum tempo acompanhando as manobras sauditas e russas para promover esta queda. Assim, poder-se-ia levar em conta não apenas a imprevisibilidade do fato (queda do preço) e de suas consequências (a entrega do barril está virtualmente mais cara que seu valor), mas também do grau em que esta oneração ocorreu? Esta pergunta não é respondida por nenhum dos dois padrões analisados.

Considera-se existir uma presunção de que os contratantes envolvidos em negócios internacionais tenham conhecimento dos riscos envolvidos nesse tipo de operação, motivo pelo qual a ocorrência de evento previsível não exoneraria o contratante (DARANKOUM, 2002, p. 468). O fundamento desta exigência é a de que, se o evento fosse previsível, os contratantes deveriam contratar soluções para ele no próprio instrumento (PERILLO, 1998, p. 128). Tais afirmações só podem ser tomadas, como premissa, nos contratos aos quais esta análise está circunscrita. Exigir-se um conhecimento tão complexo de sujeitos vulneráveis e submetidos a grande assimetria informacional não seria razoável.

Por isso, parte da doutrina considera que o requisito da imprevisibilidade não é adequado. Neste sentido, por exemplo, Doudko afirma que, na prática, todos os eventos são, de uma forma ou de outra, previsíveis, motivo pelo qual considera inapropriada a concentração neste requisito (DOUDKO, 2000, p. 499).

Talvez seja este um dos motivos pelo qual se tenha, nos países de continental europeia, debate sobre a possível sinonímia entre a cláusula de

---

<sup>12</sup> Como recentemente se noticiou: <https://valorinveste.globo.com/blogs/marcelo-dagosto/post/2020/04/como-o-preco-do-petroleo-ficou-negativo.ghtml>.

*hardship* e figuras de revisão do contrato, como aquelas fundamentadas na chamada teoria da imprevisão. Também pode ser este o motivo pelo qual variados modelos desta cláusula evitam expressar exemplificações.

Como compreender, então, este requisito? Oppetit sugere analisar a exterioridade ou a ausência do razoável controle das partes que, segundo o autor, teria a vantagem de não ter o significado tão preciso quanto o de imprevisibilidade, além de possibilitar uma avaliação do cálculo de encargos e ganhos (OPPETIT, 1974, p. 802).

Este tema se liga ao segundo ponto, o de controle sobre os eventos e suas consequências.

Os “Princípios” preveem que os eventos de *hardship* devem estar fora do controle dos contratantes e devem ocorrer sem que nenhum dos contratantes tenha assumido o risco de que viessem a acontecer (art. 6.2.2, “c” e “d”). Já a cláusula CCI se refere a efeitos que não pudessem “razoavelmente ter sido evitados ou superados”. Não se refere, por outro lado, à assunção de riscos.

Parece seguro afirmar que além de não terem dado causa ao evento ou a seus efeitos, também não poderiam os contratantes ter controle sobre eles. Caso tivesse, estar-se-ia diante de, no mínimo, infração ao dever de cooperação contratual e, no limite, ao próprio crédito. Variadas figuras, a depender do Direito aplicável, poderiam responder circunstâncias específicas: o inadimplemento, o abuso de direito e o dever de mitigar o próprio prejuízo, seriam apenas alguns exemplos. Questão em aberto é se saber se seria exigível do contratante que tenha tomado medidas que evitassem os efeitos, especialmente quando se trata do contratante não prejudicado pela onerosidade<sup>13</sup>.

Delineados os principais contornos de comparação da cláusula de *hardship* segundo os padrões UNIDROIT e CCI, passemos à noção de força maior.

---

<sup>13</sup> Na doutrina, cite-se, por exemplo, (GRANZIERA, 1993, p. 83); (ESCALONA, 2000, p. 83).

b) Evento de força maior: A definição de evento de força maior é descrita pelos Princípios UNIDROIT e pela Cláusula CCI nos seguintes termos:

UNIDROIT 2016 (Art. 7.1.7)	CCI 2020
<p>(1) A parte inadimplente isenta-se de responsabilidade se provar que o inadimplemento foi causado por um obstáculo que escapa ao seu controle e que não poderia, razoavelmente, tê-lo levado em conta ao tempo da formação do contrato, ou ter-lhe evitado ou superado as consequências”.</p>	<p>1. Definição. “Força Maior” significa a ocorrência de um evento ou circunstância (“Evento de Força Maior”) que obsta ou impede uma parte de cumprir uma ou várias de suas obrigações contratuais decorrentes do contrato se, e na medida em que, a parte afetada pelo impedimento (“A Parte Afetada”) comprove:</p> <p>a) que esse impedimento está fora de seu controle razoável; e</p> <p>b) que não poderia ter sido razoavelmente previsto no momento da celebração do contrato; e</p> <p>c) que os efeitos do impedimento não poderiam razoavelmente ter sido evitados ou superados pela Parte Afetada”.</p>

Embora a descrição dos Princípios seja bastante sucinta<sup>14</sup>, lá estão mencionados, pelo menos, quatro detalhes que precisam ser levados em consideração na análise dos evento de força maior: (i) o não cumprimento do contrato teria decorrido das consequências de fato não controlável pelo contratante; (ii) o não cumprimento do contrato teria decorrido das consequências de fato que não pudesse ser levado em consideração pelo contratante no momento de celebração do contrato; (iii) consequências não poderiam ser evitadas e (iv) as consequências não poderiam ser superadas.

Assim, o contratante não poderia (i) ter controle sobre o fato e suas consequências, nem poderia evitá-las (ii) ou superá-las (iii). Além disso o evento deveria ser razoavelmente imprevisível. Desta forma se apresenta um cenário em que o contratante que pretenda invocar a cláusula de força maior

<sup>14</sup> Os Comentários aos Princípios explicam que o padrão é bastante geral, devendo os contratantes adaptá-lo às particularidades de seus respectivos contratos.

precisará fazê-lo sem ter outros meios de contornar os efeitos que atingem suas prestações.

Um exemplo interessante de aplicação desta cláusula é um laudo arbitral do Centro de Arbitragem do México (2006) em caso envolvendo a não entrega de produtos agrícolas, em que o tribunal entendeu que, embora o fenômeno *El Niño* estivesse fora do controle do contratante, sua ocorrência poderia ter sido prevista (pois periódica) pelo contratante que invocava a cláusula de força maior (CENTRO DE ARBITRAJE DE MÉXICO, 2006).

Teriam sido os Princípios (de 1994) que teriam servido de inspiração para a cláusula original da CCI (2003) (KATSIVELA, 2007, p. 116) razão pela qual ambos os padrões guardam muitos pontos de contato. Note-se, então, que a cláusula da CCI também se preocupa em esclarecer quais são as consequências do fato que importam para a caracterização do evento de força maior. Neste sentido, aliás, a cláusula da CCI deixa mais clara a natureza do evento: impedimento na execução da obrigação (e não mero descumprimento, como os Princípios). Na mesma linha, contudo, dos Princípios, a cláusula CCI se refere à qualificação deste impedimento: não poderia ser controlado (1, a), previsto no momento da contratação (1, b), nem evitado ou superado (1, c).

Note-se, contudo, que a cláusula CCI menciona, diferentemente dos Princípios a expressão ‘razoável’ em todas as qualificações do evento, deixando as hipóteses claramente mais amplas. Os Princípios só utilizam a expressão ‘razoável’ diretamente relacionada à previsibilidade do impedimento.

Outra significativa mudança é a utilização da conjunção aditiva ‘e’ para todas as qualificadoras, ao contrário da alternativa ‘ou’ empregada pelo modelo UNIDROIT (para as qualificadoras prever, evitar e superar). O efeito, neste caso, é oposto ao anterior: o evento de força maior é claramente mais restrito (KATSIVELA, 2007, p. 119).

Outras inovações em relação aos Princípios são a menção, pela cláusula CCI, da possibilidade de caracterização da força maior por inadimplemento



de terceiros (2); da previsão de hipóteses em que o evento de força maior pudesse ser presumido (3), talvez flexibilizando a própria noção de ‘imprevisibilidade’ (prática que também existe, como se viu, na cláusula de *hardship*); e a necessidade de notificação da ocorrência do evento (4).

Delineados os principais contornos de comparação da cláusula de força maior segundo os padrões UNIDROIT e CCI, passemos aos efeitos de invocação de uma e outra cláusula.

## 2.2 Os efeitos da invocação da cláusula de *hardship* e de força maior

Dentro da estrutura binária mencionada no item anterior, o segundo papel de destaque é destinado aos efeitos da invocação da cláusula. É, justamente, aqui que a cláusula de força maior e a cláusula de *hardship* se distanciam.

Pode-se dizer que, em algum sentido, as cláusulas representam os dois extremos do campo de análise das consequências dos efeitos de evento superveniente. Enquanto a cláusula de força maior se aplica para as hipóteses em que a execução do contrato tenha se tornado impossível (STROHBACH, 1984, p. 40); o evento de *hardship* imporia, apenas, condições mais onerosas de execução em que, embora a economia do contrato tenha sido prejudicada, sua execução ainda seria possível<sup>15</sup>. Assim, graficamente, pode-se considerar que o evento de *hardship* se encontraria entre da execução do contrato (‘normal’) e a uma hipótese de impossibilidade dela ocorrer (força maior).

A distinção entre as duas situações residiria, então, no fato de que o contratante, na hipótese de *hardship*, não estaria impedido de cumprir a obrigação, mas o faria assumindo prejuízo desarrazoado. A execução do contrato desta forma desequilibrada poderia atentar contra a justiça e a

---

<sup>15</sup> Na doutrina brasileira, cite-se (STRENGER, 2003, p. 270-271); (BAPTISTA, 1994, p. 143).

própria vontade das partes (GAUTIER, 1998, p. 499) ou a boa-fé (DARAKOUM, 2002, p. 471). Há, mesmo, precedente arbitral da CCI no sentido de que se exigir o cumprimento do contrato fundamentalmente desequilibrado atentaria contra o princípio da boa-fé. Iniciemos este estudo a partir da cláusula de *hardship*.

a) Efeitos da invocação da cláusula de *hardship*: Os efeitos da invocação da cláusula de *hardship* são descritos pelos Princípios e Cláusula CCI nos seguintes termos:

UNIDROIT 2016	CCI 2020
<p>“(1) Em caso de <i>hardship</i>, 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.</p> <p>(2) O pleito para renegociação não dá, por si só, direito à parte em desvantagem de suspender a execução.</p> <p>(3) À falta de acordo das partes em tempo razoável, cada uma das partes poderá recorrer ao Tribunal.</p> <p>(4) Caso o Tribunal considere a existência de <i>hardship</i>, 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”.</p>	<p>“2. b) [...] as partes estão obrigadas, dentro de um prazo razoável do recurso a esta Cláusula, a renegociar os termos do contrato de uma forma que permita a razoável superação das consequências do evento.</p> <p>3a. Resolução pela parte. Quando aplicável o parágrafo 2º desta Cláusula sem que as Partes tivessem sucesso em acordar novos termos contratuais conforme o referido parágrafo, a parte que invocar esta Cláusula poderá resolver o contrato, todavia, não poderá, sem o consentimento da outra parte, requerer que um juiz ou árbitro o adapte.</p> <p style="text-align: center;"><b><u>ou</u></b></p> <p>3b. Resolução ou adaptação pelo Juiz. Quando aplicável o parágrafo 2º desta Cláusula sem que as Partes tivessem sucesso em acordar novos termos contratuais conforme o referido parágrafo, qualquer uma das partes poderá requerer ao juiz ou árbitro que adapte o contrato com o objetivo de restaurar o seu equilíbrio, ou que o resolva, conforme apropriado.</p> <p style="text-align: center;"><b><u>ou</u></b></p> <p>3c. Resolução pelo Juiz. Quando aplicável o parágrafo 2º desta Cláusula sem que as Partes tivessem sucesso em acordar novos termos contratuais conforme o referido parágrafo, qualquer uma das partes poderá requerer ao juiz ou árbitro que resolva o contrato”.</p>

Tanto os Princípios como a Cláusula CCI associam imediatamente a invocação da cláusula de *hardship* ao dever de renegociar. Os Princípios exigem que o pedido seja fundamentado e alertam que ele não importa suspensão imediata da execução. Se um eventual novo equilíbrio contratual não puder ser alcançado, autoriza-se a intervenção de um terceiro (tribunal) que, por sua vez, estaria autorizado a extinguir o contrato ou a adaptá-lo.

O padrão revisto da Cláusula CCI prevê ter alternativas: a resolução do contrato pelo contratante que, autorizado pelo outro, poderia pretender a adaptação judicial ou arbitral do contrato; a resolução ou adaptação por juiz ou árbitro, desde que a cláusula preveja tal possibilidade de antemão; e a simples resolução judicial ou arbitral do contrato (ICC, 2003, p. 17). Cada uma destas escolhas, em algum grau excludentes entre si, seriam realizadas no momento de celebração do contrato.

É usual que a cláusula de *hardship* preveja a obrigação de negociar (CEDRAS, 1985, p. 265) as condições contratuais e, em caso de fracasso na negociação, o contratante prejudicado poderia suspender a execução do contrato ou resolvê-lo (FRIGNANI, 1979, p. 704). Haveria, pois, uma dupla finalidade nessa cláusula: evitar dissolução do contrato (negativa) e renegociação das cláusulas (positiva).

Note-se que ambos os padrões se filiam a esta compreensão: a renegociação como premissa e a eventual adaptação ou resolução como consequência do insucesso em ajustar os novos contornos negociais.

O principal objeto dessa cláusula é, então, a obrigação de negociar, especialmente quando da ocorrência de evento, previsto na hipótese, que venha a alterar, fundamentalmente, as condições econômicas durante a execução do contrato.

Como efeito de um evento que alterasse a economia contratual, o contratante prejudicado poderia requerer a negociação para adaptar o contrato às novas circunstâncias. Se o pedido fosse justificado (mencionado expressamente pelos Princípios) e feito sem atraso (Princípios), o outro

contratante seria compelido a negociar, de boa-fé, a adaptação do contrato de modo a aliviar a onerosidade de seu parceiro contratual. Em princípio o contratante prejudicado não poderia suspender a execução contratual (Princípios), tendo, então, a pressão da oneração econômica a motivar não só o pedido de renegociação como sua postura negocial. Eventual adaptação dos termos contratuais não seria, portanto, automática nem conduzira necessariamente à extinção do contrato.

A negociação é considerada obrigação de melhores esforços, logo os contratantes deveriam participar da negociação, mas não estariam obrigados a alcançar um determinado resultado (OPPETIT, 1974, 807). Nos países de tradição continental parece haver bastante espaço de análise da conduta das partes a partir do princípio da boa-fé objetiva. A doutrina debate sob os efeitos da recusa em negociar: ato ilícito capaz de impor condenação em perdas e danos (OPPETIT, 1974, 806), espaço de discricionariedade contratual que não poderia ser entendido como dano (SCHMITTHOFF, 1980, p. 87), mero inadimplemento ou hipótese de resolução do contrato (ULLMANN, 1988, p. 896).

Segundo os Princípios, se os contratantes não alcançassem um acordo, a demanda deveria ser dirigida a órgão jurisdicional (art. 6.2.3, “3”). Uma vez constatada a onerosidade excessiva, a Corte poderia resolver a obrigação ou adaptar o contrato às novas circunstâncias (art. 6.2.3 “4”, “a” e “b”) ou, ainda segundo os Comentários aos Princípios, confirmar as condições primitivas ou determinar o prosseguimento das negociações (UNIDROIT, 2016).

Algumas ponderações são, contudo, necessárias: (i) nem todos os sistemas jurídicos nacionais admitiriam a eventual intervenção de um terceiro no contrato (BONELL, 1995, p. 151); (ii) há forte debate se um árbitro teria competência para adaptar um contrato caso não fosse expressa a cláusula<sup>16</sup> e (iii) a resolução do vínculo contratual somente seria admissível

---

<sup>16</sup> Ullmann (1988, p. 899), por exemplo, chega a duvidar que o Tribunal imporia novos preços em caso de *hardship*. Paulsson entende que a atuação do árbitro que adapta contrato não

se se demonstrasse razoável (MASKOW, 1992, p. 663). Há quem sustente que a cláusula de *hardship* tem “mais um valor metajurídico, de cunho psicológico” que propriamente jurídico, mas que sua previsão atenuaria a insegurança de sua ausência (GARCEZ, 2003, p. 368).

Aparentemente, contudo, diversos precedentes arbitrais vêm garantindo a preservação do vínculo contratual por meio da adaptação de seus termos às novas circunstâncias econômicas<sup>17</sup>. Como ilustração observe-se o caso *Quintette* que envolvia a alegação de *hardship*, em razão da elevação do preço do carvão acima dos patamares internacionais, em contrato fornecimento de longa duração. A Corte arbitral reconheceu sua competência para a adaptação dos termos contratuais e determinou a repetição de parte do preço pago anteriormente (GAUTIER, 1991, p. 611-623).

Disso se extrai que, se a cláusula é projetada como previsão, mister que os contraentes detalhem não só a hipótese do evento, como as consequências e procedimentos. Uma redação mais completa que a dos padrões estudados seria recomendada, até mesmo para ajuste em relação às particularidades do caso concreto.

Outro fator a ser levado em consideração é que quanto maior for o detalhamento da cláusula, menos recurso o eventual intérprete precisaria fazer a outras fontes, deixando de lado o risco da automação e preservando o equilíbrio da autonomia privada expressa no contrato original (VAN CAMELBEKE, 1986, p. 182). Pode ser conveniente se afastar o risco de interpretação de segundo padrões nacionais, por exemplo. Em resumo: seu papel primordial é o de organizar objetivamente a readequação do contrato (ROUHETTE, 1986, p. 406).

---

seria jurisdicional (PAULSSON, 1984, p. 253). Já Doudko (2000, p. 503) entende que a única maneira eficiente de assegurar o resultado útil da negociação seria legitimar o Tribunal a proceder a adaptação do contrato. Em alguns sistemas jurídicos, especialmente os de *Common Law*, os árbitros não poderiam substituir as partes em questões negociais (SCHMITTHOFF, 1980, p. 88).

<sup>17</sup> Estes exemplos estão disponíveis em: [http://www.unilex.info/principles/cases/article/190/issue/1048#issue\\_1048](http://www.unilex.info/principles/cases/article/190/issue/1048#issue_1048).

Passemos, por fim, ao estudo dos efeitos da invocação da cláusula de força maior.

b) Efeitos da invocação da cláusula de força maior: Os efeitos da invocação da cláusula de força maior são descritos pelos Princípios e pela Cláusula CCI nos seguintes termos:

UNIDROIT 2016	CCI 2020
<p>“(1) A parte inadimplente isenta-se de responsabilidade se provar que o inadimplemento foi causado por um obstáculo que escapa ao seu controle e que não poderia, razoavelmente, tê-lo levado em conta ao tempo da formação do contrato, ou ter-lhe evitado ou superado as consequências.</p> <p>(2) Quando o impedimento é apenas temporário, a isenção produz efeitos pelo prazo que for razoável, tendo em vista os efeitos do obstáculo sobre a execução do contrato.</p> <p>(3) A parte inadimplente deve notificar a outra parte do obstáculo e de seus efeitos sobre sua aptidão para adimplir. Se a notificação não for recebida pela outra parte em prazo razoável, contado a partir do momento em que a parte inadimplente sabia ou deveria ter sabido do obstáculo, essa responderá pelas perdas e danos resultantes da falta do recebimento.</p> <p>(4) As disposições deste artigo não impedem que as partes exerçam o direito de extinguir o contrato ou suspender seu adimplemento ou, ainda, reclamar juros sobre o valor devido”.</p>	<p>“5. Consequências da Força Maior. A parte que invocar esta Cláusula com êxito está isenta de seu dever de adimplir suas obrigações decorrentes do Contrato e de qualquer responsabilidade por danos ou qualquer outra medida jurídica prevista no contrato para o inadimplemento contratual, a partir do momento em que o impedimento causar impossibilidade de cumprir o contrato, desde que a notificação seja realizada dentro de um prazo razoável. Se a notificação não for realizada dentro de um prazo razoável, a isenção terá eficácia a partir do momento em que a notificação o for recebida pela outra parte. A outra parte pode suspender o adimplemento de suas obrigações, quando aplicável, a partir da data da notificação.”</p> <p>6. Impedimento temporário. Quando o efeito do impedimento ou do evento invocado for temporário, as consequências no parágrafo 5º acima aplicam-se apenas enquanto o impedimento invocado impedir o adimplemento, pela Parte Afetada, de suas obrigações contratuais. A Parte Afetada deve notificar a outra parte assim que o impedimento cessar de impedir o adimplemento de suas obrigações contratuais.</p> <p>7. Dever de mitigar. A Parte Afetada tem a obrigação de tomar todas as medidas razoáveis para limitar o efeito do evento invocado no adimplemento do contrato.</p> <p>8. Resolução do contrato. Quando o prazo de duração do impedimento invocado tem o efeito de privar substancialmente as partes contratantes do que podiam razoavelmente esperar do contrato, qualquer das partes</p>

	<p>têm o direito de resolver o contrato mediante notificação à outra parte dentro de um prazo razoável. Salvo acordo em contrário, as partes concordam expressamente que o contrato pode ser resolvido por qualquer uma das partes se o prazo de duração do impedimento exceder 120 dias.</p> <p>9. Enriquecimento sem causa. Nos casos em que o parágrafo 8º acima se aplique e que qualquer das partes contratantes tenha, em virtude de algo feito por outra parte contratante na execução do contrato, obtido um benefício antes da resolução do contrato, a parte que tiver obtido tal benefício pagará à outra parte uma quantia em dinheiro equivalente ao valor de tal benefício”.</p>
--	--

Os Princípios se referem à isenção de responsabilidade pelo inadimplemento. Neste contexto, então, a cláusula de força maior seria invocada para justificar o descumprimento do contrato e a exoneração da responsabilidade civil correspondente. Esta é sua função clássica. Neste sentido, a redação da Cláusula CCI é mais completa, mencionando, expressamente, a exoneração da obrigação, da responsabilidade civil e de qualquer outra consequência contratualmente prevista.

Ambos os padrões exigem a notificação do outro contratante na qual deve constar: o conhecimento da existência do impedimento, de seus efeitos e da impossibilidade de cumprimento (Princípios). A notificação deve ser realizada em prazo razoável (ambos os instrumentos), sob pena de perdas e danos (Princípios) ou de postergação da eficácia da cláusula até o momento que o outro contratante for informado (CCI). Este último caso abrangeria não só as perdas e danos (previstas pelos Princípios), mas o dever de cumprimento da obrigação.

Ambos os padrões trabalham, também, com a hipótese de impedimentos temporários. Os Princípios mencionam que a isenção pelo prazo razoável; já a Cláusula CCI menciona que os efeitos da cláusula produzem efeitos apenas enquanto o obstáculo impedir a execução do



contrato, cabendo à parte que invocou a cláusula o dever de informação da cessão dos efeitos impeditivos.

Ambos os padrões também se referem à suspensão do cumprimento do contrato pela invocação da cláusula. Enquanto os Princípios o fazem em conjunto com o direito de resolver ou de reclamar juros, a Cláusula CCI menciona que esta faculdade seria invocada quando aplicável e a partir da notificação. Diante da ausência de maior detalhamento é de se entender que a suspensão é uma das ferramentas à disposição daquele que invoca a cláusula de força maior que teria, então, efeitos graduados com base nas consequências do impedimento: da mera suspensão enquanto os efeitos impeditivos forem vigentes até a resolução quando a execução, de fato, se tenha tornado impossível. É o que dá a entender a Cláusula CCI quando trabalha com a resolução do contrato em item autônomo, mencionando que a resolução ocorrerá quando o evento de força maior “tem o efeito de privar substancialmente as partes contratantes do que podiam razoavelmente esperar”. Há aqui, portanto, tratamento distinto da clássica força maior prevista em padrões nacionais.

Outro ponto de destaque é que a Cláusula CCI passou a incluir, expressamente, o dever de o contratante mitigar o seu prejuízo, tomando as medidas razoáveis para limitar o efeito do evento de força maior. Aqui, tal como na cláusula de *hardship*, se tem uma cláusula que foi projetada como previsão. Daí porque seria indispensável que os contratantes detalhassem não só a hipótese do evento de força maior, mas as consequências e procedimentos. Os padrões analisados oferecem um bom auxílio, mas o emprego de fórmulas mais gerais (tal como na cláusula de *hardship*) – como ‘tempo razoável’, ‘razoavelmente esperados’ e a variação sobre os próprios efeitos – convidam o redator a ampliar seu espaço de liberdade criativa.

Lembre-se que quanto maior for o detalhamento da cláusula, menor o espaço de interpretação e, no caso dos contratos internacionais, o risco de utilização de padrões nacionais. Parafraseando a já citada expressão de

Rouhette, o papel primordial desta cláusula é o de organizar objetivamente a suspensão da execução e eventual resolução do contrato.

### 3. Conclusão

Os termos escolhidos como título deste artigo foram propositais. Buscava entender como o contrato, como instrumento jurídico que busca dar previsibilidade a uma operação econômica (com todos os recortes mencionados na introdução deste ensaio), enclausuraria uma crise futura que pudesse atingir a execução de seus termos.

Como o limite da análise é necessário, buscou-se então, entender dois tipos específicos de cláusulas, padronizados por dois diferentes atores internacionais de grande relevância para o Direito Contratual Internacional.

Como ficou claro da análise de ambos os tipos de cláusulas, as padronizações guardam bastante similaridade e, por consequência, permitem o exercício hipotético de subsunção de um fato específico (situação de emergência sanitária internacional - a pandemia) ao padrão contratual.

Essas reflexões sobre um caso hipotético permitem avaliar o grau de complexidade de aplicação da previsão contratual, ainda que suportada pela experiência e construção sedimentada, promovida por importantes instrumentos globalizados. Iniciemos estas reflexões conclusivas com a aplicação de uma suposta e eventual cláusula de *hardship* baseada nos Princípios ou na Cláusula CCI.

O ponto de partida oportuno seria, justamente, a constatação de que o evento e suas consequências deveriam ser posteriores à celebração do contrato, caso contrário caberia aos contratantes a alocação dos riscos por meio de cálculo e cláusula específicos. Aliás, cite-se que alguns dos contratos posteriores à declaração da pandemia já estão prevendo condições, prazos e termos específicos para os possíveis novos casos de *lockdowns* e suspensões de atividade econômica.

A segunda constatação seria a de que o fato e suas consequências deveriam ter alterado fundamentalmente a base econômica do contrato e não poderiam ter sido assumidos (como risco) por um dos contratantes. Aqui abre-se a discussão, por exemplo, do grau de aleatoriedade do contrato e do cálculo e assunção de riscos específicos. Sabe-se, por exemplo, que é comum que cláusulas de seguro afastem o risco de pandemias.

A alteração da base econômica do contrato é, seguramente, a questão mais delicada a ser abordada. Como se afirmou, não existe tarifação e cada caso precisa ser analisado objetiva e especificamente. Sabe-se, ainda, que a alteração contratual deve ter sido fundamental. Neste sentido, os Princípios oferecem algum referencial: aumento do custo de adimplemento ou redução do valor da contraprestação em desvantagem a um dos contratantes. Mas a pergunta que cabe é qual o grau de comprometimento do equilíbrio contratual que justificaria a invocação da cláusula de *hardship*?

O que se deve evitar são dois tipos de generalização: não é a declaração da pandemia que permitiria a invocação da cláusula de *hardship*, mas suas consequências em contratos específicos. Em segundo lugar, não são todos os setores econômicos afetados da mesma forma. Como se sabe, por exemplo, alguns setores econômicos estariam, inicialmente, se beneficiando das consequências sociais do COVID-19, especialmente aqueles relacionados, por exemplo, com plataformas de comunicação e alguns tipos de equipamentos médicos e medicamentos.

Além disso, o fato e suas consequências deveriam ser, razoavelmente, não previsíveis. Isto quer dizer que não se poderia exigir que o contratante devesse alocar este risco especificamente. Embora não se trate de saber, efetivamente, da imprevisibilidade do fato, mas se seria esperado que ele (o fato) fosse levado em consideração em algum grau. Lembre-se que, de alguma forma, uma grande epidemia era previsível até mesmo pela cultura popular (vide o mote de vários filmes imediatamente anteriores), teria ocorrido com mórbida periodicidade (gripe espanhola, SARS, MERS, H1N1, por exemplo) e

é risco afastado por grande gama de contratos de seguro. Seria pandemia, então, imprevisível? E mais, seria extraordinária? Aqui, mais uma vez, em cada setor econômico se comporta de uma forma e exige análise de seus riscos normais. Não é possível, portanto, nova generalização.

Além disso, se os riscos não tiveram sido assumidos, nem era exigível sua alocação pelo contratante, o fato e suas consequências não poderiam estar sob o controle, sem poderiam ser superados pelos contratantes. Acredita-se que a pandemia (nem sua eclosão) esteja sob o controle de ninguém. O mesmo, contudo, não pode ser verdade para suas consequências.

Neste contexto todo, inúmeras decisões empresariais foram tomadas, seus riscos deveriam ser calculados e alocados. O grau em que elas fogem ao controle do empresário é que importa: a decisão voluntária do isolamento, por exemplo, não pode ser confundida com o *lockdown* imposto pelo Estado ou, ainda, a decisão de manter a operação empresarial pode não ter surtido o efeito esperado, pois o público também se isola compulsória ou voluntariamente (e assim, a eventual manutenção da operação também poderia ter sido prejudicada). Além disso, um possível desabastecimento se avizinha: produtos não fabricados, importações não efetivadas, serviços não prestados se projetam também ao futuro.

Como se percebe, então, a redação de uma cláusula como a de *hardship*, para além de hercúleo, pode se revelar em um trabalho de Sísifo: fútil e em vão. Ainda que tivéssemos a melhor redação desta cláusula, as variáveis ainda seriam bastante complexas e não poderiam ser cobertas em todos os casos, genérica e completamente. O futuro é fugaz e o contrato não consegue, neste aspecto, conter-lhe em uma cláusula. Os padrões estudados servem, então, neste contexto como guias.

Por fim, superados (e preenchidos) todos estes requisitos, o operador do Direito ainda estaria diante das consequências da invocação da cláusula. Como vimos, dentro do contexto do presente estudo, a finalidade de uma relação obrigacional contratual é, justamente, a satisfação de interesses

patrimoniais idôneos de forma que sua normalidade se encontra em seu cumprimento dos termos contratuais. A alteração do contrato é, portanto, exceção.

Depois deste aviso, ambos os padrões traçam basicamente um mesmo roteiro: renegociação. Se esta não for possível: adaptação ou resolução. Nossos guias, mais uma vez, apontam o caminho, mas não trilham o percurso. Não só há dúvida sobre o resultado do insucesso na negociação, como sobre a competência de eventuais terceiros para tratarem do contrato. A resolução, embora seja medida clássica, é remédio muito amargo para este contrato, fugindo do espírito da própria cláusula.

A recomendação clara, constante dos comentários aos próprios padrões, é que os contratantes detalhem sua aplicação, procedimentos e consequências. A cláusula CCI chega a oferecer alternativas à escolha dos contratantes. A pergunta que fica é: e se isso não foi feito antes? A resposta dependerá da autoridade jurisdicional e do Direito aplicável. Quem sabe, então, teremos novos precedentes judiciais e arbitrais para estudar

Passando a análise para a força maior, a complexidade não seria diferente. A primeira questão, por exemplo, a se saber é se o não cumprimento do contrato teria decorrido das consequências de fato não controlável pelo contratante. Aqui mais uma vez, a análise pontual precisaria indicar a ausência de controle das partes não só sobre o fato em si, mas também sobre as consequências dele decorrentes. Como se afirmou a análise de causalidade entre as decisões tomadas e suas consequências pode ser potencialmente problemática.

Parte-se, igualmente, da premissa de que a impossibilidade não é meramente subjetiva, ou seja, não decorre de situação particular do contratante, mas de evento que a todos atingiria.

Em segundo lugar, a invocação da força maior só seria possível se o fato e suas consequências não pudessem ser previstas (no já mencionado sentido de exigibilidade de alocação de riscos) no momento de celebração do contrato

(exigência da Cláusula CCI). Claro que, mais uma vez se está falando de um evento superveniente à formação do contrato, de modo que tal risco não só não pudesse, como não devesse, ter sido levado em consideração e alocado.

Por fim, no mesmo sentido da cláusula de *hardship*, as consequências do fato não poderiam ser evitadas ou superadas. A cláusula CCI chega a mencionar o inadimplemento de terceiros como uma opção de hipótese de força maior, para aqueles que a incluam em sua cláusula. Por outro lado, o remédio será diferente se a impossibilidade for meramente temporária ou não.

A suspensão da atividade econômica em razão dos isolamentos sociais voluntários e compulsórios pode gerar efeitos distintos: os serviços poderão ser executados mais tarde ou seu sentido se perde? Cite-se o exemplo dos serviços de advocacia: os prazos processuais foram temporariamente suspensos, bem como, a realização de audiências; mas e a avaliação e redação de instrumentos necessários para atividade empresarial que deixará de ser implantada? Os produtos podem ser entregues depois? E se eles fossem ser utilizados na preparação das refeições que ainda estão sendo entregues (embalagens, por exemplo)? Pior avaliação ainda é do grau em que eventual não cumprimento por terceiro pode prejudicar o contrato: a não entrega de matéria prima deve ser pesada da mesma forma que o atraso na prestação de um serviço? Lembre-se, neste último, caso que os sistemas nacionais podem sequer reconhecer este tipo de inadimplemento (GLITZ, 2007; TEPEDINO; FACCHIN, 2007)<sup>18</sup>.

Talvez um bom exemplo concreto de hipótese de invocação, a depender do preenchimento dos requisitos, da cláusula de força maior seja a proibição de exportações de produtos médicos, hospitalares e de higiene essenciais ao combate à epidemia de coronavírus no Brasil (Lei n. 13.993, de 23 de abril de 2020).

---

<sup>18</sup> No Brasil a doutrina menciona a tutela externa do crédito como exercício teórico em parte recebido pela legislação e por alguns precedentes.

Por fim, superados (e preenchidos) todos estes requisitos, o operador ainda estaria diante das consequências da invocação desta cláusula. Se a execução é o normal, a consequência da cláusula de força maior é o mais distante disso.

Além das notificações necessárias (previstas por ambos os padrões estudados) caberia ainda ao contratante demonstrar a impossibilidade da execução do contrato ou, ao menos, a necessidade de suspensão temporária desta execução (prevista em ambos os padrões estudados). É de se imaginar que o insucesso nesta comprovação importaria as consequências clássicas do inadimplemento: execução da prestação, se não for possível a resolução e as perdas e danos.

Recente estudo da prática de diferentes tribunais arbitrais acabou revelando que, em contratos internacionais, espera-se que os contratantes assumam os riscos do cumprimento do contrato, salvo previsão contratual diversa e que, nestes casos aquele que invoca uma cláusula de força maior deveria demonstrar a ocorrência de um evento externo, imprevisível e incontornável que tenha tornado a execução das obrigações contratuais impossíveis. Tal postura teria resultado em número limitado de casos em que a força maior foi aceita com sucesso (FIROOZMAND; ZAMANI, 2017). O mesmo estudo revela, ainda, que haveria uma tendência de os tribunais arbitrais negarem a invocação da cláusula de força maior quando envolvidos empresários, especialmente quando a argumentação envolve mudança econômica, já que esta comporia parte dos riscos previsíveis (FIROOZMAND; ZAMANI, 2017).

Por outro lado, já se tem notícia, por exemplo de que o governo chinês, em tentativa de proteção de seus setores empresariais das prováveis consequências do descumprimento contratual, havia emitido, até o final do mês de fevereiro de 2020, cerca de 3.325 certificados de força maior, somando, algo em torno de US\$ 38,5 bilhões (LAW; FINKELSTEIN, 2020).



Mais uma vez a clara recomendação clara de ambos os padrões estudados é clara: os contratantes devem detalhar sua aplicação, procedimentos e consequências. A pergunta que, mais uma vez, fica é: e se isso não foi feito antes? A resposta dependerá também da autoridade jurisdicional e do Direito aplicável. Neste caso, a nova pandemia (a judicial/arbitral) poderá começar, também, pela China.

## Referências

- BAPTISTA, Luiz Olavo. **Dos contratos internacionais: uma visão teórica e prática**. São Paulo: Saraiva, 1994.
- BONELL, Michael Joachim. **Un « Codice » Internazionale del Diritto dei Contratti: I Principi Unidroit dei Contratti Commerciali Internazionali**. Milano: Giuffrè, 1995.
- CCI. **Cláusulas de força maior e hardship da ICC**. Março de 2020. Disponível em: <http://iccbrasil.org/media/uploads/2020/04/30/forca-maior-e-hardship.pdf>. Acesso em 06/05/2020.
- CCI. Force Majeure Clause 2003. ICC Hardship Clause 2003. Paris: ICC Publishing, 2003.
- CEDRAS, Jean. L'obligation de négocier. In **Revue Trimestrielle de droit commercial et de droit économique**, n. 2. Paris: Sirey, Abril/Jui/n, 1985, p. 265-290.
- CENTRO DE ARBITRAJE DE MÉXICO. **Laudo arbitral**. 2006, Disponível em: [www.unilex.info](http://www.unilex.info).
- DARANKOUM, Emmanuel S. L'application des Principes d'UNIDROIT par les arbitres internationaux et par les juges étatiques. In **Revue Juridique Thémis**, n. 36. Montréal: Éditions Thémis, Faculté de Droit, Université de Montréal, 2002, p. 421-480.
- DOUDKO, Alexei G. Hardship in contract: the approach of the Unidroit Principles and legal developments in Russia. In **Uniform Law Review**, Vol. V. [S.L.]: Unidroit/Kluwer Law Review/Giuffrè, 2000, p. 483-509.
- DRAETTA, Ugo. Les clauses de force majeure et de hardship dans les contrats internationaux. In **Giurisprudenza Commerciale. Diritto del Commercio Internazionale: pratica internazionale e Diritto interno**. Milano: Giuffrè Editore, 2001, p.297-308.
- ESCALONA, Nuria Marchal. La Cláusula de hardship em la contratación internacional. In **Revista de la Corte Española de Arbitraje**, Vol. XVII. Madrid: Câmaras de Comercio, Industria y Navegación de Espana, 2000, p. 75-104.
- FIROOZMAND, Mahmoud Reza; ZAMANI, Javad. **Force majeure in international contracts: current trends and how international arbitration practice is responding**. *Arbitration International*, 2017, 33, 395–413.
- FONTAINE, Marcel. **Les dispositions relatives au hardship et à la force majeure**. In BONELL, Michael J. ; BONELLI, Franco (cura). *Contratti commerciali internazionali e principi Unidroit*. Milano: Giuffrè, 1997, p. 183-191.
- FRIGNANI, Aldo. La hardship clause nei contratti internazionali e le tecniche di allocazione dei rischi negli ordinamenti di civil e di common law. In **Rivista de Diritto Civile, Parte Prima**. Padova : CEDAM, 1979, p. 680-712.

GARCEZ, José Maria Rossani. Contratos internacionais. Eventos fortuitos ou de força maior e eventos decorrentes da teoria da imprevisão (rebus sic stantibus). Cláusulas de adaptação ou hardship. In **Revista Forense**, n. 366. Rio de Janeiro, Mar/Abr 2003, p.363-368.

GAUTIER, Pierre Yves. Les aspects internationaux de la négociation. In **Revue Trimestrielle de Droit Commercial et de Droit Économique**, n. 3. Paris : Dalloz, Juillet/Septembre 1998, p.493-500.

GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin. TRANSFERÊNCIA DO RISCO CONTRATUAL E INCOTERMS: breve análise de sua aplicação pela jurisprudência brasileira. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**, v. 5, p. 3885-3944, 2013.

\_\_\_\_\_. Favor contractus: alguns apontamentos sobre o princípio da conservação do contrato no Direito positivo brasileiro e no Direito comparado. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**, v. 1/2013, p. 475-542, 2013.

\_\_\_\_\_. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e a construção de um conceito de internacionalidade do contrato. In **Revista de Direito Internacional**, v. 10, n. 1, 2013, p. 208-217.

GRANZIERA, Maria Luiza Machado. **Contratos internacionais: negociação e renegociação**. São Paulo: ícone, 1993.

KATSIVELA, Marel. Contracts: Force Majeure Concept or Force Majeure Clauses? **Rev. Droit Uniform**, 2007, p. 101-119.

LAW, Thomas; FINKELSTEIN, Cláudio. Impacto do coronavirus em contratos internacionais. **Valor Econômico**, 14, 15 e 16 de março de 2020, E-2.

MARTINS-COSTA, Judith; HAICAL, Gustavo. Alteração da relação obrigacional estabelecida em acordos societários por impossibilidade superveniente não imputável às partes contratantes em virtude do desaparecimento de sua finalidade (parecer). **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, vol. 18/2019, p. 371-404, Jan – Mar/ 2019.

MASKOW, Dietrich. Hardship and force majeure. In **The American Journal Of Comparative law**, n.3. Berkeley: The American Society of Comparative law, Summer 1992, p. 657-669.

MELO, Jairo Silva. **Contratos Internacionais e cláusula de hardship**. São Paulo: Aduaneiras, 2000.

OPPETIT, Bruno. L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances: la clause de hardship. In **Journal du Droit International**, n. 4. Paris: Editions Techniques, Octobre-Décembre, 1974, p. 794-814.

PARRINELLO, Concetta. **Obbligatorietà del vincolo e squilibrio delle prestazioni nei Contratti tra imprenditori: riflessioni sui principi Unidroit**. TOMMASINI, Raffaele (cura). Sopravvenienze e dinamiche di riequilibrio tra controllo e gestione del rapporto contrattuale. Torino: G. Giappichelli, 2003, p. 435-490.

PAULSSON, Jan. L'adaptation du contrat. In **Revue de l'arbitrage : Bulletin du Comité Français de L'arbitrage**, n. 2. Paris : Librairies Techniques, Avril-Juin 1984, p. 249-257.

PERILLO, Joseph M. Force Majeure and hardship under the Unidroit Principles of International Commercial Contracts. In **Contratación Internacional: comentarios a los principios sobre los contratos comerciales internacionales del Unidroit**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1998, p. 111-133.

PINHEIRO, R. F. ; GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin . A tutela externa do crédito e a função social do contrato: possibilidade do caso Zeca pagodinho. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson. (Org.). **Diálogos sobre Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, v. II, p. 323-344.

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. In *Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)*. **The Hague: Pace International Law Review/Kluwer Law International**, 1999-2000, p. 193-243.

ROUHETTE, Georges. La révision conventionnelle du contrat. In **Revue Internationale de Droit Comparé**, n. 2. Paris: Societé de Legislation Comparée, Avril-Juin 1986, p. 269-408.

SCHMITTHOFF, Clive M. Hardship and intervener clauses. In **The Journal of Business law**. **London: Stevens & Sons**, 1980, p. 82-91.

STRENGER, Irineu. **Contratos internacionais do comércio**, 4. ed. São Paulo: LTr, 2003.

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

ULLMANN, Harold. Droit et pratique des clauses de hardship dans le système juridique américain. In **Revue de Droit des Affaires Internationales**, n° 7. [S.L.], 1988, p.889-904.

UNIDROIT. **Princípios UNIDROIT relativos aos Contratos Comerciais Internacionais 2016**. Disponível em: <https://www.unidroit.org/unidroit-principles-2016/other-languages/portuguese-black-letter>. Acesso 06/05/2020.

VAN CAMELBEKE, Micheline. **L'adaptation du contrat international aux circonstances nouvelles**. In RODIERE, René (direct.). Les modifications du contrat au cours de son exécution en raison de circonstances nouvelles. Paris : A. Pedone/Institut de Droit Comparé de L'Université de Paris II/Centre Nacional de la recherche scientifique, 1986, p. 169-184.

Artigo recebido em: 13/05/2020.

Aceito para publicação em: 14/06/2020.