

FORÇA MAIOR E HARDSHIP NA CONVENÇÃO DE VIENA (CISG) E NOS
PRINCÍPIOS UNIDROIT: UMA ABORDAGEM PRÁTICA

Valério Salgado

Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Largo de São Francisco

RESUMO

O cenário atual do comércio internacional apresenta um número imensurável de fatores de imprevisibilidade. As relações contratuais internacionais, de natureza complexa e muitas vezes de longa duração, exigem mecanismos que possibilitem a conservação dos contratos. A Convenção de Viena de 1980 e os Princípios UNIDROIT apresentam disposições que buscam uniformizar o tratamento das situações que alteram as circunstâncias contratuais. A fim de possibilitar a formulação de cláusulas contratuais mais eficientes é necessário entender as teorias observadas para a elaboração dos regimes da força maior e do hardship nos diplomas internacionais. O trabalho conclui com a proposição de um modelo adaptável de cláusula de hardship e força maior.

ABSTRACT

The present environment of the international commerce unveils an immeasurable amount of unforeseeable factors. The international contractual relations, due to their complex nature, and for several times of long duration, request mechanisms that enable the maintenance of the agreements. The Vienna Convention of 1980 and the UNIDROIT Principles provide solutions aiming to harmonize the treatment of the situations of changed circumstances. In order to produce contractual clauses more efficient it is necessary to understand the theories regarded to the elaboration of the force majeure and hardship regimes on the international legislation. This article brings as a conclusion an adjustable prototype of hardships and force majeure clause.

SUMÁRIO

| | |
|---|----|
| I. INTRODUÇÃO: OS CONTRATOS DO COMÉRCIO INTERNACIONAL E O PRINCÍPIO DO <i>FAVOR CONTRACTUS</i> | 5 |
| II. AS SITUAÇÕES DE HARDSHIP E FORÇA MAIOR NOS ORDENAMENTOS NACIONAIS: A EVOLUÇÃO DOS CONCEITOS NAS PRINCIPAIS TRADIÇÕES JURÍDICAS..... | 8 |
| III. FORÇA MAIOR E HARDSHIP NO DIREITO INTERNACIONAL: A CISG E OS PRINCÍPIOS UNIDROIT..... | 21 |
| IV. A CLÁUSULA DE FORÇA MAIOR E HARDSHIP..... | 34 |
| V. CONCLUSÃO: <i>PACTA SUNT SERVANDA EX BONA FIDE</i> , UM NOVO PARADIGMA CONTRATUAL..... | 40 |
| BIBLIOGRAFIA | 42 |

I. INTRODUÇÃO: OS CONTRATOS DO COMÉRCIO INTERNACIONAL E O PRINCÍPIO DO *FAVOR CONTRACTUS*.

A alteração das circunstâncias iniciais sobre as quais se firmam os contratos internacionais, em especial no caso daqueles ditos relacionais ou de longo prazo, pode ser considerada como situação típica no comércio internacional. As incertezas às quais tais negócios jurídicos estão submetidos foram fatores determinantes para o início dos movimentos de uniformização do direito do comércio internacional, buscando promover uma maior segurança e previsibilidade nas relações econômicas. Estes movimentos englobam a produção da Convenção de Viena de 1980 e os Princípios UNIDROIT, referidos ao longo deste trabalho por Convenção, ou CISG, e Princípios, respectivamente.

Como não poderia ser diferente, tanto a Convenção quanto os Princípios tratam, ainda que de forma distinta, das situações de alteração superveniente de circunstâncias, em especial a situação de força maior e de hardship. O escopo do presente trabalho será, portanto, analisar o funcionamento de tais mecanismos nestes dois diplomas internacionais, buscando ao fim observar casos práticos, e verificando compatibilidade das disposições da CISG e dos Princípios com o ordenamento jurídico brasileiro. Para tanto estudaremos, ainda que de forma breve, as teorias relacionadas à matéria em alguns ordenamentos nacionais.

Poderemos observar adiante que há uma extensa divergência entre o tratamento dado pelos diferentes ordenamentos jurídicos ao tema em estudo, neste capítulo introdutório, entretanto, o foco será direcionado ao ponto de convergência das diversas teorias, e de certa forma, o alicerce para uma teoria da alteração superveniente de circunstâncias no comércio internacional, o princípio do *favor contractus*, ou ainda o princípio da conservação do negócio jurídico.

O princípio da conservação do negócio jurídico, derivado do princípio geral da boa-fé contratual, é o princípio que busca, nas palavras de Antônio Junqueira de Azevedo (2007, p. 66), “salvar tudo que é possível num negócio jurídico concreto, tanto no plano da existência, quanto da validade, quanto da eficácia”.

Segundo Francisco Paulo de Crescenzo Marino (2011, p. 305), a doutrina apresenta-se dividida entre duas acepções do princípio da conservação, uma acepção restrita, que o aplica somente à interpretação dos termos da declaração negocial, e uma acepção ampla, segundo a qual o princípio da conservação não se aplica somente ao plano da eficácia, mas também ao plano da existência e da validade. O autor se posiciona pela adoção da acepção ampla, seguindo a posição adotada também por Antônio Junqueira de Azevedo¹, bem como por este trabalho. A discussão quanto ao alcance do princípio da conservação, ainda que relevante, não produzirá implicações para o presente estudo, vez que o plano a ser observado será o da eficácia.

O princípio da conservação do negócio jurídico é admitido ainda na doutrina internacional. Alexei G. Doudko (Doudko, 2002) observa, ao estudar os eventos de hardship nos contratos internacionais, que “[i]n respect of hardship, the principle of *favor contractus* clearly reflects concern that no avenue be left unexplored in order to adjust the contract to changed conditions”. Observa ainda que os Princípios UNIDROIT abarcam o princípio do *favor contractus* da forma mais consistente até então², o que comprova a afirmação de que o princípio da conservação do negócio jurídico pode ser considerado um princípio de direito do comércio internacional.

Ainda, a jurisprudência internacional aponta para a aplicação do princípio do *favor contractus*, como podemos observar pelo laudo arbitral ICC nº 4145 (1983), no qual os árbitros concluíram que seria razoável presumir que as partes, dentro da autonomia a elas permitida, optaram pela aplicação de uma lei sob a qual fosse garantida a validade do contrato, e não pela aplicação de outra lei que provavelmente invalidasse o contrato. O precedente vai ainda mais longe e estabelece que “[i]t is also a general and widely recognized principle that from two legal solutions, the judge will choose the one which favors the validity of an agreement (*favor negotii*)” (ICC Award 4145, 1983).

¹ “tanto o legislador quanto o intérprete, o primeiro na criação das normas jurídicas sobre os diversos negócios, e o segundo, na aplicação dessas normas, devem procurar conservar, em qualquer um dos três planos – existência, validade e eficácia –, o máximo possível do negócio jurídico realizado pelo agente”. (Azevedo, 2007)

² “A remarkable feature of the UNIDROIT Principles is that *favor contractus* as a general contract value permeates all stages of the life of the contract.” (Doudko, 2002)

Conclui-se assim que ao se interpretar o negócio jurídico frente a um evento que altera as circunstâncias contratuais é sempre preferível optar pela solução que mantém a execução do contrato, em detrimento da sua resolução antecipada, de forma a garantir a sua eficácia e a produção dos efeitos nele previstos, ainda que de forma ajustada. Entretanto há limites à aplicação do princípio do *favor contractus* a fim de garantir a manutenção da relação contratual.

O próprio Antônio Junqueira de Azevedo observa que há limites na aplicação do princípio da conservação do negócio jurídico, como, por exemplo, os casos considerados como negócios jurídicos nulos pelo ordenamento jurídico, limitando a atuação do princípio no plano da validade.³ Há de se observar ainda que a conservação do negócio jurídico perante a alteração de circunstâncias se limita àqueles casos em que ainda é possível a consecução do fim ensejado no contrato, e do reequilíbrio dos termos econômicos. Assim, o regime da força maior e do hardship no comércio internacional estabelecem os termos segundo os quais poderá ser interpretado o negócio jurídico, com relação à alteração da produção de efeitos previstos, de forma a atender ao princípio da conservação.

Por fim, cabe observar que a redação de cláusulas de hardship e de força maior é uma das formas mais eficazes de aplicação das disposições do direito internacional, vez que traz a termos mais concretos, relacionados à equação econômico-financeira do contrato, os limites da manutenção contratual, ou melhor, limita as possibilidades de resolução contratual por situação superveniente, afastando assim manobras oportunistas das partes contratantes.

³ “Por outro lado, as considerações feitas no texto sobre o fundamento do princípio da conservação fixam-lhe também os limites. Ao se dizer “conservar tudo que é possível” no negócio jurídico, quer-se dizer que não é possível manter, considerando existente, válido ou produzindo efeitos, negócios, ou aparências de negócio, nos quais o ordenamento jurídico, expressamente, nega à vontade a possibilidade de criar regras jurídicas concretas.” (Azevedo, 2007, p. 66)

II. AS SITUAÇÕES DE HARDSHIP E FORÇA MAIOR NOS ORDENAMENTOS NACIONAIS: A EVOLUÇÃO DOS CONCEITOS NAS PRINCIPAIS TRADIÇÕES JURÍDICAS.

Uma das dificuldades da uniformização do regime adotado na ocorrência de eventos supervenientes que alteram as circunstâncias contratuais é a variedade de teorias desenvolvidas nos diferentes ordenamentos nacionais, tanto nos países de direito continental quanto naqueles de tradição consuetudinária. Como poderemos ver no capítulo seguinte, a Convenção e os Princípios adotaram as teorias da força maior e do hardship para lidar com tais eventos de alteração de circunstâncias em contratos internacionais, é justo afirmar que as formulações dadas nestes diplomas são, sem dúvida, as mais bem sucedidas dentre aquelas produzidas pelo direito uniforme, harmonizando os principais pontos convergentes nas teorias nacionais, das quais passaremos a tratar agora.

O estudo das diferentes teorias adotadas nos ordenamentos jurídicos internacionais é de suma importância para a redação de cláusulas contratuais direcionadas para lidar com a alteração das circunstâncias contratuais. Isto porque, mesmo que o contrato busque regular de forma mais completa a maneira conforme a qual o contrato há de ser influenciado pelas alterações supervenientes de circunstâncias, ou ainda que a lei aplicável remeta ao direito uniforme para que se obtenha uma resposta para tal cenário, a interpretação dada por tanto por aqueles que operarão o contrato quanto por aqueles que deverão dirimir as futuras divergências dele advindas serão, de forma ou de outra, influenciada pelos conceitos estabelecidos em seus ordenamentos nacionais, ainda que como último recurso, como observado na disposição do artigo 7(2) da CISG⁴.

A teoria adotada pela tradição de *common law*, que apresenta um cenário uniforme nos diferentes países a ela filiados⁵, tem origem no conceito de *frustration*. A despeito do

⁴ “Article 7(2) Questions concerning matters governed by this Convention which are not expressly settled in it are to be settled in conformity with the general principles on which it is based or, in the absence of such principles, in conformity with the law applicable by virtue of the rules of private international law.”

⁵ “Ni siquiera el modelo angloamericano relativo a la imposibilidad y al *hardship* es un modelo uniforme al ciento por ciento. Contamos, de un lado, con la doctrina de la “frustración del contrato” propia de Derecho inglés, cuyo régimen puede considerarse extendido a Australia, Nueva Zelanda, y la mayor parte del Canadá.” (Lorenzo, 2005, p. 1282)

uso dos termos *hardship* e *force majeure* por tais países, não há uma teoria jurídica desenvolvida para cada uma destas figuras nos países de *common law*, ficando a cargo da teoria do *frustration* lidar tanto com as situações nas quais há a impossibilidade de cumprir, quanto naquelas em que há o desequilíbrio econômico do contrato, mas sua execução permanece possível.⁶

O desenvolvimento de uma teoria que relativizasse a regra do estrito cumprimento dos termos contratuais teve seu início a partir do precedente criado pelo caso *Taylor v. Caldwell* (1863)⁷. Em breve resumo, o caso tratava da locação do Surrey Gardens & Music Hall de propriedade de Caldwell & Bishop a Taylor & Lewis para que estes últimos realizassem uma série de espetáculos com inúmeros artistas das mais diversas espécies, durante o período de quatro dias. Ausente de culpa de ambas as partes, o prédio locado sofre um incêndio, sucumbindo às chamas, tornando impossível a realização dos espetáculos, fim do contrato de locação.

No julgado proferido pelo Justice Blackburn da Suprema Corte do Reino Unido a existência do music hall especificado no contrato era condição para o seu cumprimento, e sua destruição atinge o próprio cerne da relação contratual, tornando impraticável seu cumprimento. Assim sendo, a existência de uma condição, seja ela implícita ou explícita, afastava a possibilidade de imputar responsabilidade contratual pelo não cumprimento. Uma vez que a destruição do music hall existente em Surrey Gardens não pode ser imputada a qualquer uma das partes, concluiu-se que ambas deveriam ser exoneradas de suas obrigações contratuais, não cabendo a nenhuma delas o pedido de perdas e danos.

⁶“Si l’expression de force majeure est utilisée dans la pratique anglaise et s’il existe des décisions nombreuses déterminant si tel ou tel événement constitue un cas de force majeure suivant telle convention avenue entre des parties, cette expression ne constitue pas un concept légal de droit britannique, n’étant pas définie par la loi, ni même par la common law.

Le concept de base qui régit les situations faisant l’objet du présent rapport est celui, dégagé assez récemment, de la « *frustration* » qui couvre à la fois le domaine correspondant à la force majeure et la matière de l’imprévision. ” (Ommeslaghe, 1980, p. 16)

⁷ “En efecto, desde el precedente *Taylor v. Caldwell* (1863) la jurisprudencia inglesa recurre de forma repetitiva al fundamento de las “condiciones implícitas” (*implied terms*), que ha sido importada asimismo por la jurisprudencia norteamericana (*In Patch v. Solar Corp.*, 1945). La pretensión de los jueces ingleses es proporcionar una aproximación a la voluntad real de las partes, a su verdadera, aunque hipotética, intención el caos de que hubieran previsto el acontecimiento impeditivo.” (Lorenzo, 2005, p. 1284)

O caso apresentado foi o primeiro abalo à obrigação de indenizar no caso de inadimplemento por impossibilidade de cumprir no direito anglo-saxônico, possibilitando o posterior desenvolvimento da teoria da frustração do contrato, aplicando-se a exoneração não somente nos casos de impossibilidade física de cumprimento, mas também nos casos de impossibilidade pessoal e jurídica⁸

Outro marco na evolução da teoria da frustração do contrato é o conjunto de casos denominado “*Coronation Cases*”. Na ocasião da coroação do Rei Edward VII, agendada originalmente para a data de 26 de junho de 1902, diversos contratos foram firmados tendo como pressuposto a ocorrência da celebração da data, o que incluía, além da cerimônia de coroação, um cortejo real pelas ruas de Londres. No entanto, às vésperas da coroação, o Rei Edward VII adoece, não sendo possível a realização da coroação, sendo desta forma postergada, juntamente com as celebrações, para o mês de agosto. O cancelamento das celebrações de coroação dá assim suporte a uma série de litígios envolvendo os contratos firmados tendo a procissão de coroação como condição contratual, tanto de forma implícita como explícita.

No julgado *Krell v. Henry* (1903), por exemplo, o *Court of Appeal* britânico considerou que, ainda que não houvesse menção explícita ao motivo pelo qual a locação de uma sacada havia sido firmada, qual seja, assistir ao cortejo real adiado posteriormente, haveria ali um termo implícito nas circunstâncias negociais, ocorrendo a frustração do propósito contratual, não sendo devido ao locador o valor total avençado pela locação.

A teoria do *frustration of purposes* evolui assim a partir da teoria do *implied terms*, originada nos precedentes citados no parágrafo acima. Passa-se então da avaliação subjetiva da vontade das partes para uma lastreada na interpretação do contrato, que tem como diretrizes critérios objetivos de razoabilidade e equidade.

⁸ “Les premiers cas d’application ont concerné *des impossibilités physiques* d’exécuter une obligation (das le cas cité : l’incendie d’un music hall où devaient se donner des représentations). La frustration a été ainsi appliquée à des contrats « *intuitu personae* » e cas de mort ou de maladie de la partie qui devait exécuter personnellement l’obligation ou dans des cas de destruction de biens rendant impossible l’exécution d’obligations les concernant
La doctrine a ensuite été appliquée à des hypothèses où l’impossibilité d’exécution était d’ordre juridique : par exemple, l’exportation ou la nationalisation de biens rendant impossible l’exécution de certaines obligations s’y rapportant (...)” (Ommeslaghe, 1980, p. 16)

O critério passa então a ser a razoabilidade econômica do cumprimento do contrato, e a verificação se a sua essência é alterada pela circunstância superveniente, que pode ser auferida de forma objetiva – “[i]l faut, au contraire, déterminer, par une « operation of law » et suivant le jugement d’un homme raisonnable (c’est-à-dire d’un magistrat) – si l’événement survenu a pour conséquence de modifier l’identité du contrat pour y substituer une convention nouvelle complètement distincte de celle que les parties avaient conclue” (Ommeslaghe, 1980, p. 18) – e não mais a vontade subjetiva das partes⁹.

Os critérios utilizados para determinar a frustração do contrato devem levar em conta os princípios da boa-fé, e a partir daí avaliar a situação a partir da posição de um indivíduo formalmente ideal, a fim de verificar se o contrato conforme inicialmente firmado já não existe em sua essência. Verificada a frustração do contrato, a solução clássica apresentada pela doutrina do *common law* é a resolução do contrato sem a responsabilização de qualquer uma das partes por danos. Há ainda assim espaço para o reajuste e manutenção do contrato.

O conceito de impossibilidade passou, com o tempo, a aceitar aquelas hipóteses em quem o cumprimento dos termos contratuais não se tornou absolutamente impossível, mas seu alcance se tornou de forma exageradamente onerosa a uma das partes, gerando um desequilíbrio econômico que frustra o contrato. Nestes casos, a resolução contratual ainda é a solução mais adotada. Cabe ressaltar entretanto que o direito anglo-saxônico vem adotando, ainda que paulatinamente, a possibilidade de ajuste da relação contratual, em especial em casos de contratos de longa duração. Neste sentido, Aldo Frignani (1991, p. 402) afirma que:

“Ma è proprio nei contratti a lunga durata che il ‘nuovo spirito del diritto commerciale’, insufflato dallo U.C.C. e dal nuovo (1981) Restatement sembra indurre le Corti a procedere ad una modificazione giudiziale dei termini del contratto, onde ‘preservarne’ i benefici a vantaggio di entrambe le parti, quando la contingency abbia sconvolto l’equivalenza di base delle prestazioni contrattuali (così nel caso ALCOA v. Essex).”

⁹ “Après avoir quelques peu hésité, la jurisprudence britannique a écarté la recherche de la volonté des parties ou l’interprétation de cette volonté comme base de l’application de la théorie de la « frustration »” (Ommeslaghe, 1980).

No precedente *ALCOA v. Essex Group, Inc* (1980), citado pelo doutrinador italiano, a empresa ALCOA tendo havido firmado um contrato de longa duração com a Essex Group, Inc. para a conversão do minério por esta última fornecido em alumínio pede que os preços sejam judicialmente reajustados com base na teoria da frustração. Após uma inesperada alta nos preços da eletricidade, um dos principais insumos para a produção de alumínio, o índice elaborado e acordado contratualmente pelas partes já não reflete mais os custos de produção da ALCOA, se encontrando esta extremamente prejudicada financeiramente. A Corte Distrital da Pensilvânia julgou o caso de forma a reajustar o preço acordado pelas partes, tendo como objetivo a manutenção da relação contratual. A decisão se aproxima em muito da solução apresentada pela teoria do hardship.

Outra observação quantos aos efeitos da frustração do contrato é de que nos casos em que a frustração é decorrente de um evento transitório a exoneração persiste somente até que os efeitos da frustração permaneçam. De forma semelhante à teoria da força maior, cessado o obstáculo ao cumprimento do contrato, cessa também a exceção a este cumprimento, sendo tal projetado para o futuro na mesma medida do impedimento.

É possível logo verificar que, à exceção de uma pequena parcela dos países de tradição consuetudinária¹⁰, a teoria da frustração tem influência dominante no sistema de common law quanto lidamos com alteração superveniente de circunstâncias contratuais. Ainda que a caracterização da frustração do contrato possa assemelhar-se, nos seus requisitos, à teoria do hardship, quanto aos seus efeitos, a despeito de precedentes indicando uma recente aproximação, o quadro apresentado pela teoria anglo-americana ainda permanece distinto como regra geral.

¹⁰ Como relatado por Aldo Frignani (1991, p. 402): “In altre nazioni invece (ad es. l’India) lo sviluppo giurisprudenziale e legislativo si è allontanato dall’originario ceppo della common law”. No mesmo sentido “Ainsi, dans le *droit indien* des contrats, la matière de la force majeure est régie par l’article 56 du Contract’s Act de 1872, selon lequel une convention « becomes void » lorsque après la conclusion l’objet de la prestation d’une partie devient impossible ou, par suite de quelque circonstance que la partie obligée ne pouvait empêcher, illégal. Tout la matière de la « frustration » selon le droit indien se trouve contenue dans cette disposition, en sorte qu’il n’apparaît pas possible d’interpréter ce concept aussi largement qu’en droit britannique et que les solutions de la common law britannique ne peuvent y être transposées de plano.” (Omneslaghe, 1980, p. 21)

Enquanto a teoria da frustração se apresenta nos países de common law como uma importante relativização do princípio do *pacta sunt servanda*, no direito francês tal princípio segue rigorosamente aplicado, não se admitindo a princípio a adaptação do contrato a circunstâncias supervenientes. Há de se dizer que, considerando o panorama do direito continental, o direito francês se configura como exceção¹¹. A rigidez do regime francês se dá em decorrência da redação presente no artigo 1134 do *Code Civil*:

“Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi.”

Como podemos extrair do diploma civil francês, é base do direito contratual que o contrato faz direito entre as partes, podendo ser alterado somente por meio de acordo mútuo ou por força de lei. Ora, tal redação não deixa muito espaço para a alteração judicial do contrato.¹² É possível que tal constatação cause uma estranheza àqueles não familiarizados com o direito francês, vez que notoriamente a teoria da imprevisão tem origem neste ordenamento.

De fato, a França é o berço do conceito de *imprévision*, conceito este que exerce fundamental influência no desenvolvimento pelo direito internacional da teoria do hardship, entretanto, tal teoria se vê rejeitada no ordenamento pátrio, ao menos nos tribunais de direito privado¹³. A exceção se resume aos contratos administrativos, nos quais o *Conseil*

¹¹ “El modelo francés se aparta, sin duda alguna, de la posibilidad de confluencia con el resto de sistemas jurídicos.” (LORENZO, 2005, p. 1289)

¹² “La règle *pacta sunt servanda* est affirmée par l’article 1134 du Code civil avec rigueur et cette rigueur se rencontre dans l’application du principe par toutes les juridictions qui appliquent le droit civil ou commercial, y compris les juridictions arbitrales. Elle implique que le juge ne peut (sauf circonstance exceptionnelles où ce pouvoir est expressément donné par le législateur) modifier un contrat, ou dispenser une partie de son exécution, partiellement ou totalement si les conditions de la force majeure ne sont pas réunies.

Toute considération d’équité, toute appréciation de la situation économique respective des parties lui sont interdites et le conventions ne peuvent être dissoutes que dans les cas et pour les motifs prévus par la loi. Les efforts que ont été tentés à plusieurs reprises pour faire admettre l’imprévision par les juridictions civile ou arbitrales dans les hypothèses comparables a celle qui ont justifié le développement des théories anglaise ou allemande, se sont heurtés à l’application sévère de l’article 1134 du Code civil.” (Ommeslaghe, 1980, p. 28)

¹³ “È bensì vero che la teoria dell’*imprévision* (intendendosi per essa una circostanza nuova che implica modificazioni sostanziali di condizioni economiche che comportano un sovvertimento dell’economia del contratto) è di origine francese, ma essa fu respinta dai giudici ordinari

d'État aplica a teoria da imprevisão a fim de possibilitar a continuidade do cumprimento dos contratos celebrados com a Administração, a bem da preservação da prestação dos serviços públicos¹⁴.

A despeito da pouca aplicabilidade da doutrina da imprevisão no ordenamento jurídico francês, com relação à teoria da *force majeure* há uma maior permissividade. Daí denota-se a primeira peculiaridade do sistema francês quando comparado com o sistema de *common law*, a distinção clara entre casos nos quais há a impossibilidade de cumprir e casos em que há um desequilíbrio no sinalagma contratual e conseqüente aumento no fardo obrigacional de uma das partes. Devemos notar adiante que tal distinção se repete de forma geral no sistema de direito continental.

De forma semelhante à teoria da frustração, a teoria da força maior no ordenamento francês constitui uma causa de extinção das obrigações contratuais. Entretanto, a semelhança das duas teorias se resume a uma análise superficial de seus efeitos, porquanto no que tange à caracterização do evento de frustração e do evento de força maior há grande diferença. Enquanto a teoria do *frustration* evoluiu para incluir um espectro amplo de eventos – impossibilidade física, legal, não ocorrência de condições, até a situação de *impracticability* – o conceito de *force majeure* sofre em sua aplicação um regime rígido por conta da sacralização do *pacta sunt servanda* no direito francês¹⁵.

No que tange aos efeitos da força maior, esta pode tanto extinguir as obrigações das partes contratantes ou ainda simplesmente suspender seu cumprimento, dependendo da natureza do obstáculo, se temporário ou permanente, jamais poderá haver, entretanto, o reajuste das condições contratuais. Quando por ação da força maior o cumprimento do contrato se tornar impossível, os efeitos da extinção das obrigações contratuais operam

(seppure con qualche eccezione della giurisprudenza di merito e vivaci critiche di parte della dottrina), per essere accolta solo dal Consiglio di Stato, che mirava a garantire la continuità dei servizi pubblici.” (Frignani, 1991, p. 402)

¹⁴ Neste sentido, ver o *arrêt* do Conseil d'État francês é o julgado Gaz de Bordeaux (Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux, 1916).

¹⁵ “La doctrina de la *forcé majeure* se configura como una doctrina restrictiva desde diversos puntos de vista, muy rígidamente configurada por una jurisprudencia abundante. Exige, de un lado, una imposibilidad material absoluta, por lo que no se compadece con eventuales supuestos de frustración de la causa o de excesiva onerosidad. Incluso no admite casos de imposibilidad económica u onerosidad extrema.” (Lorenzo, 2005, p. 1289)

retroativamente, exceto se houver o adimplemento parcial do contrato, situação na qual há a manutenção das obrigações já cumpridas e exoneração *ex nunc*¹⁶.

Já destacamos aqui que é no ordenamento francês que se desenvolve a teoria da imprevisão, mais especificamente por meio da jurisprudência do Conselho de Estado, ao lidar com questões de manutenção da prestação de serviços públicos afetados por desequilíbrio econômico, sendo o *arrêt Gaz de Bordeaux* (1916) o marco jurisprudencial do início do desenvolvimento da teoria.

Ainda que o ordenamento francês aplique *l'imprévision* somente nos casos de contratos administrativos, trataremos desta teoria, vez que é base para a teoria do hardship.

A teoria da imprevisão está ligada à ocorrência superveniente de desequilíbrio econômico na relação contratual – no termo utilizado pela doutrina francesa, um *bouleversement de l'économie du contrat* –, gerando um prejuízo para uma das partes, que supere a ausência de ganhos com o contrato, representando perdas significativas à parte devedora ou encargos por demais onerosos, de maneira a extrapolar a álea normalmente admitida pelas partes.

Não será considerado um evento de ordem econômica imprevisível a flutuação normal dos preços de *comodities* ou do câmbio, vez que estes elementos são esperados e podem ser tidos em consideração pelas partes, se minimamente diligentes, no momento da indexação dos valores do contrato. No entanto, se a variação nos índices econômicos excede o esperado, de maneira que os mecanismos de ajuste econômico já não se encontram capazes de refletir a realidade, então podemos considerar tal fato como imprevisível.

O evento deve ser externo à parte que invoca a imprevisão, além de não se admitir que esta possua culpa quanto à ocorrência do desequilíbrio econômico no contrato. Requisito particular à teoria da imprevisão é de que o devedor mantenha sua performance contratual para que a contrapartida seja ajustada, ora, fosse a regra interromper o

¹⁶ “Cette dissolution semble devoir produire ses effets *rétroactivement*, sauf le compte à établir le cas échéant par les parties, pour l’hypothèse d’une exécution partielle du contrat. Toutefois, dans les contrats à prestation successives, la dissolution n’aura lieu que pour le futur, sous la même réserve” (Ommeslaghe, 1980, p. 28)

cumprimento das obrigações estaríamos lidando com um evento de força maior, e não de desequilíbrio contratual, no qual ainda é possível cumprir, ainda que sob excessivo ônus. Assim, o ajuste só é possível se visa à manutenção da relação contratual.

Deparamos-nos neste ponto com a distinção entre o evento de força maior e o evento de imprevisão no que diz respeito à sua caracterização. Enquanto o evento de força maior é irresistível, rendendo o cumprimento da obrigação impossível, o evento de imprevisão pode ser absorvido ou contornado pela relação contratual, mas para isso há de se assumir um encargo em proporções que excedem a expectativa razoável das partes.

Uma vez cumpridos os requisitos acima, não poderá ainda o judiciário francês alterar a convenção entre as partes, a modo de ajustá-la, mais uma vez sob a limitação do artigo 1134 do Código Civil francês. A solução admitida é convidar as partes a renegociar de boa-fé os termos do contrato para que haja o ajuste à nova situação. Caso não seja possível a conciliação dos interesses das partes e a manutenção contratual, é admitido, em algumas situações, que se condene a parte que se nega a reajustar ao pagamento de indenização àquela que se dispôs a manter a performance sob o peso do desequilíbrio econômico. Os efeitos da imprevisão se apresentam como mais uma diferença substancial entre as duas teorias apresentadas pelos sistemas continentais de direito.

A doutrina alemã apresenta um regime completamente desenvolvido para lidar com as alterações de circunstâncias contratuais, que, juntamente com a doutrina italiana, serve de base para os sistemas de direito romano-germânico, com exceção do regime adotado pelo direito francês e pelos países por ele influenciados, como é o exemplo da Bélgica.

Podemos afirmar que o regime alemão se configura como um “modelo social”, vez que é construído com base nos princípios da boa-fé e da razoabilidade, tendo como parâmetros diretrizes sociais e objetivistas, priorizando a relação contratual e o fim almejado pelas partes, se aproximando assim de por um lado da teoria da frustração de origem britânica, e por outro lado da teoria da força maior francesa e da impossibilidade italiana, prevendo tanto um mecanismo relativo à frustração das bases negociais (§ 275 BGB) quanto um direcionado à impossibilidade de cumprir (§ 313 BGB).

Os dois conceitos apresentados pelo modelo alemão possuem um alto nível de articulação e interação, fenômeno que se manifesta também no direito italiano, como veremos adiante. Implica dizer então que há uma aplicação coordenada do conceito de frustração das bases negociais, e quando não é possível o reajuste aplica-se então a teoria da impossibilidade.

O § 275 do BGB alemão prevê que a impossibilidade superveniente, quando não imputável ao devedor, o exonera da obrigação de cumprir. A impossibilidade aqui engloba tanto a impossibilidade física quanto a impossibilidade jurídica, hipóteses classicamente admitidas pela doutrina francesa, mas também aceita o conceito de impossibilidade econômica¹⁷, que se aproxima da hipótese em que a onerosidade excessiva não pode ser contornada pelo ajuste entre as partes, quando suportar o desequilíbrio for inevitavelmente contrário ao princípio do *Treu und Glauben* (§ 242 BGB alemão), que, como veremos adiante, é a teoria estabelecida pelo Código Civil italiano, que na impossibilidade de ajustar, exonera.

O sistema alemão introduz ainda o conceito de impossibilidade subjetiva, no qual a impossibilidade não se encontra relacionada com o objeto da prestação, mas sim sobre os sujeitos obrigados no contrato, como, por exemplo, no caso da parte devedora não se encontrar mais na titularidade do bem a ser entregue por motivos a ela não imputáveis.

Cumpridos todos os requisitos qualificadores da força maior há a extinção do contrato e subsequente exoneração das partes, com todos os efeitos particulares aos contratos sinalagmáticos, desobrigando ambas as partes de suas obrigações respectivas. Surge ainda, nos casos de aplicação *ex tunc*, a obrigação de restituição das parcelas já cumpridas da obrigação, observado que no caso de contratos de trato sucessivo os efeitos só se aplicam àquelas parcelas a serem adimplidas após o advento do obstáculo.

Como vemos, o direito alemão se apropria de certos conceitos do direito romano, se aproximando da teoria da força maior francesa, mas com uma aplicação mais social, tendo

¹⁷ A impossibilidade no sistema alemão apresenta um espectro amplo de possibilidades; em seu texto Ommeslaghe (1980, p. 22) descreve “Il y a encore impossibilité lorsque les prestations à mettre en œuvre seraient objectivement hors de tout proportion avec les résultats à atteindre et n’ont jamais pu être considérées par les parties comme comprises dans le champ de l’obligation (par exemple : retrouver une aiguille dans une botte de foin).”

como principais pilares a razoabilidade e a boa-fé. Estes dois princípios, que são a base da cláusula *rebus sic stantibus*, influenciam também o tratamento do desequilíbrio contratual pelo direito alemão, que se aproxima por sua vez do *frustration do common law*.

O direito alemão apresenta o conceito de *Geschäftsgrundlagen*, que surge após a crise advinda da Primeira Guerra Mundial, que se traduz no deslocamento da base contratual. Trata-se do fundamento econômico considerado pelas partes no momento da formação do contrato, reconhecidos como as condições para que se atinja o objetivo encerrado na relação contratual, são os objetivos particulares das partes a serem alcançados por meio do esforço comum. Observamos aqui a semelhança com a teoria dos *implied terms* do direito inglês.

O § 313 do BGB alemão, que trata da frustração da base negocial, possibilita que, quando do desaparecimento das condições sob as quais foi erguida a convenção contratual, que se avalie a partir do ponto de vista das partes, se estas haveriam contrato no caso do obstáculo já existir antes da assinatura do contrato. Poderá o juiz então ajustar o contrato para que atinja o objetivo almejado pelas partes, tendo como base a boa-fé (*Treu und Glauben*), § 242 do BGB, e o princípio da equidade.

Concluimos que, no modelo alemão, há uma discricionariedade para que o juiz ou árbitro equacionem a convenção contratual tendo em vista o interesse social na manutenção da relação contratual, e quando o reequilíbrio já não se apresenta possível, a exoneração das obrigações por meio da teoria da força maior.

A doutrina italiana por sua vez se destaca no que tange à teoria do desequilíbrio contratual, já que foi o primeiro ordenamento jurídico a codificar uma solução para lidar com tal situação, consagrando a teoria da *eccessiva onerosità*, que serviu de modelo para inúmeros outros ordenamentos.

O Codice Civile de 1942, apesar de em nenhum momento utilizar a expressão *forza maggiore*, estabelece de forma detalhada em seus artigos¹⁸ os efeitos da impossibilidade de

¹⁸ A fim de entender o regime da impossibilidade de cumprimento das obrigações no direito italiano devemos fazer uma leitura conjunta de três grupos de artigos, o artigo 1218, o 1256 e seguintes, e o 1463 e seguintes.

adimplemento, de onde extraímos também algumas de suas condições de aplicação, porquanto seja necessária a construção doutrinária para que todos sejam apresentados.

Em paralelo à impossibilidade de cumprimento das obrigações, e de forma homóloga à teoria da imprevisibilidade desenvolvida pelo direito administrativo francês, o direito italiano apresenta a teoria da excessiva onerosidade, adotada por um grande número de ordenamentos de tradição continental¹⁹, inclusive pelo ordenamento brasileiro.

Naqueles contratos cuja execução e adimplemento das obrigações se encontram de alguma forma apartados do momento de conclusão da convenção – contratos de execução continuada, periódica ou diferida – o regime italiano estabelece que na ocasião de se tornar excessivamente onerosa a prestação de uma das partes na relação contratual, esta poderá exigir a resolução do contrato.

Percebemos assim que o regime da onerosidade excessiva coloca como opção primária a extinção do contrato. Entretanto, prevendo a possibilidade de que a outra parte na relação contratual preze pela manutenção do contrato, o artigo 1467 faculta em seu terceiro parágrafo que a aquela ofereça o ajuste dos termos contratuais a fim de reestabelecer o equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Cabe então ao credor da contraprestação desequilibrada optar por renegociar e manter o contrato, o permitir que a convenção seja resolvida, hipótese na qual se aplicam as regras de desoneração da impossibilidade de cumprir.

Neste sentido nos parece que o regime da impossibilidade e da onerosidade excessiva são complementares e devem ser aplicados de forma coordenada. Tal constatação tem grande importância no momento de redação de cláusulas contratuais, como veremos mais ao fim do estudo.

Por fim, concluímos que as teorias apresentadas nos pelo sistema de *common law* e pelos ordenamentos francês, alemão e italiano representam as correntes dominantes no tocante às situações de alteração superveniente de circunstâncias, sendo em grande parte

¹⁹ “Il modello legislativo italiano, che fu il primo a codificare i principi contenuti negli artt. 1467-1469, è stato poi seguito, seppure con leggere varianti e adattamenti, fra gli altri, dalla Grecia, dall’Egitto, dall’Ungheria, dall’Etiopia, nel Codice del commercio estero della Cecoslovacchia, dal Portogallo, nel progetto de c.c. olandese, dall’Algeria.” (Frignani, 1991)

das vezes acompanhados pelos demais ordenamentos jurídicos nacionais, ainda que com ligeiras alterações.

Assim como nas demais áreas do direito civil, o tratamento dado pelo direito brasileiro às situações de força maior e hardship sofreu grande influência dos modelos propostos pelos ordenamentos italiano e alemão. Adotamos, no artigo 393 do Código Civil de 2002, a exoneração por ocorrência de força maior, recorrendo à mesma definição formulada pelo diploma italiano, tendo como requisitos expressos a irresistibilidade do fato, cujos efeitos tornam o adimplemento impossível. A doutrina consagra os demais requisitos da teoria da força maior, sendo também necessária a exterioridade do fato à imagem do devedor e a superveniência imprevisível, deduzida quando o código exclui da força maior aqueles fatos cujo risco fora expressa ou tacitamente assumido.

Com relação aos eventos de imprevisão, o ordenamento brasileiro adota a teoria da onerosidade excessiva apresentada pelo direito italiano, regulando o instituto nos artigos 478 a 480 do Código Civil. Na ocorrência do evento de onerosidade excessiva, segundo disposição do artigo 478, deverá o contrato ser resolvido, entretanto, como dispõe o artigo 479, poderá o credor oferecer um ajuste de boa-fé para a manutenção do contrato, de forma semelhante à solução italiana. Por fim, o sistema brasileiro adota ainda o método alemão, sendo utilizada a boa-fé objetiva como ferramenta para ajuste da convenção contratual.

Para a análise dos conceitos desenvolvidos em âmbito internacional, o que será realizado a partir de agora, devemos aceitar a existência de quatro teorias principais que influenciam a maioria dos ordenamentos jurídicos, o *frustration* do common law, a *force majeure* e *imprévision* francesas, a *excessiva onerosità* italiana, e o *Geschäftsgrundlagen* alemão.

III. FORÇA MAIOR E HARDSHIP NO DIREITO INTERNACIONAL: A CISG E OS PRINCÍPIOS UNIDROIT.

Não obstante a dificuldade de conciliar as teorias nacionais expostas no capítulo anterior, houve, a partir do meio do século XIX, um grande esforço visando à harmonização do direito do comércio internacional, e com isto uma tentativa de uniformização das teorias relativas a alterações supervenientes de circunstâncias.

A primeira convenção a tratar de forma relevante da uniformização do direito internacional da compra e venda foi a Convenção relativa à Lei Uniforme sobre a Compra e Venda Internacional de Bens, conhecida pela sigla ULIS, no entanto sua relevância se restringe ao fato de ter lançado as bases para os movimentos mais atuais de uniformização do direito, uma vez que obteve pouco sucesso no que tange à adesão de estados nacionais. Constatamos que a ULIS já se preocupava com a teoria da força maior e do hardship, vez que regula, ainda que de forma primitiva se comparada com os Princípios UNIDROIT, tal matéria em seu artigo 74²⁰.

Posterior à ULIS, a CISG, atualmente a mais bem sucedida tentativa de uniformização do direito internacional da compra e venda no que diz respeito ao número de

²⁰ “Article 74

1. Where one of the parties has not performed one of his obligations, he shall not be liable for such non-performance if he can prove that it was due to circumstances which, according to the intention of the parties at the time of the conclusion of the contract, he was not bound to take into account or to avoid or to overcome; in the absence of any expression of the intention of the parties, regard shall be had to what reasonable persons in the same situation would have intended.
2. Where the circumstances which gave rise to the non-performance of the obligation constituted only a temporary impediment to performance, the party in default shall nevertheless be permanently relieved of his obligation if, by reason of the delay, performance would be so radically changed as to amount to the performance of an obligation quite different from that contemplated by the contract.
3. The relief provided by this Article for one of the parties shall not exclude the avoidance of the contract under some other provision of the present Law or deprive the other party of any right which he has under the present Law to reduce the price, unless the circumstances which entitled the first party to relief were caused by the act of the other party or of some person for whose conduct he was responsible.”

estados aderentes, trata dos eventos que exoneram o cumprimento das obrigações contratuais em seu artigo 79²¹.

Passaremos então a analisar a disposição do artigo 79 tendo sempre em consideração o “caráter internacional” da CISG e a proteção à boa-fé no comércio internacional estabelecidos no artigo 7 da Convenção, bem como os parâmetros de avaliação subjetiva e objetiva compreendidos no artigo 8.

O primeiro ponto que devemos nos ater na análise do artigo 79 é a caracterização do evento que dá direito à exoneração. No tocante a esta matéria, a CISG se aproxima muito à teoria da força maior adotada pelo ordenamento francês, que de uma forma ou de outra influenciou os demais sistemas de direito continental.

O primeiro requisito estabelecido pelo artigo 79 da CISG é que o impedimento, termo utilizado pela Convenção, se encontre além do controle do devedor. Nesse sentido, a expressão “*beyond his control*” utilizada pela versão original em inglês engloba dois requisitos estabelecidos no direito francês, que o impedimento não guarde relação com a figura do devedor, e que o impedimento não tenha ocorrido por motivo imputável a este, devendo ter tomado todas as medidas razoavelmente diligentes para que se evitasse o ocorrido.

²¹ “Article 79

(1) A party is not liable for a failure to perform any of his obligations if he proves that the failure was due to an impediment beyond his control and that he could not reasonably be expected to have taken the impediment into account at the time of the conclusion of the contract or to have avoided or overcome it or its consequences.

(2) If the party's failure is due to the failure by a third person whom he has engaged to perform the whole or a part of the contract, that party is exempt from liability only if:

(a) he is exempt under the preceding paragraph; and

(b) the person whom he has so engaged would be so exempt if the provisions of that paragraph were applied to him.

(3) The exemption provided by this article has effect for the period during which the impediment exists.

(4) The party who fails to perform must give notice to the other party of the impediment and its effect on his ability to perform. If the notice is not received by the other party within a reasonable time after the party who fails to perform knew or ought to have known of the impediment, he is liable for damages resulting from such non-receipt.

(5) Nothing in this article prevents either party from exercising any right other than to claim damages under this Convention.”

Neste sentido, Maurício Almeida Prado (2010, p. 326) observa que a fim de que se cumpra o primeiro requisito imposto pelo artigo 79 o devedor deverá cumprir com estas duas obrigações, “a) nenhuma violação contratual ligada à ocorrência do impedimento pode ser imputada à parte [...] b) a parte deve, também, ter tomada as medidas razoáveis para evitar as consequências do impedimento.”.

Com relação à primeira obrigação, caso o devedor se encontre inadimplente com qualquer termo contratual, e em consequência deste inadimplemento haja a incidência de um impedimento, não poderá o devedor recorrer ao remédio oferecido pelo artigo 79. Quando tratamos da doutrina francesa referência foi feita ao caso do atraso no cumprimento da entrega que submete os bens a uma restrição de exportação.

No tocante à segunda obrigação, mais uma vez, não se pode considerar exonerado o devedor se o impedimento tem origem na sua imprudência, negligência ou imperícia no momento da execução das suas atividades. Satisfeitos estes dois pontos cumpre-se o requisito da exterioridade do fato.

O segundo requisito é de que não seja razoável assumir que as partes tomaram em consideração a possibilidade de ocorrência do impedimento no momento da assinatura do contrato. Em poucas palavras, o impedimento deve ser imprevisível no momento de assinatura do contrato. Mais uma vez, o requisito aqui apresentado tem como função excluir aquelas situações sobre as quais incide a teoria do risco, já que a responsabilidade sobre uma situação previsível pelas partes ou será alocada convencionalmente no contrato ou será distribuída entre as partes de acordo com a regra de distribuição e passagem do risco.

O sentido do termo “imprevisível” remete novamente a muita discussão. Não é razoável que se assuma que a imprevisibilidade seja absoluta, frente ao fato de que não há limites à imaginação humana. Este sentido está expressamente excluído na CISG uma vez que esta utiliza o termo *reasonably* para qualificar a capacidade de prever o evento. A fim de interpretar o requisito de previsibilidade devemos recorrer ao disposto no artigo 8 da CISG.

Em seu primeiro parágrafo, o artigo 8 da CISG determina que na interpretação da conduta e afirmações das partes deve se ter em mente de acordo com a intenção das partes. A disposição do artigo 8(1) estabelece, portanto, que o primeiro método que se deve adotar é a análise subjetiva da capacidade de prever o impedimento. Na hipótese de impossibilidade de aplicação do parâmetro subjetivo estabelecido no artigo 8(1) entra em cena a aplicação do parâmetro objetivo determinado pelos artigos 8(2) e 8(3).

O artigo 8(2) estabelece que a interpretação deve ser feita tomando como parâmetro um indivíduo razoável nas mesmas condições e situação das partes. Não nos parece relevante qual a terminologia adotada pela doutrina, se *pater bonus familia*, ou se “*contratante razoável do comércio internacional*” (Prado, 2010, p. 324), interessa sim constatar que o parâmetro aqui desejado é o de indivíduo razoável posto na mesma posição das partes no momento da contratação, como fica evidenciado pelo artigo 8(3), que determina a forma de aplicação do parágrafo precedente.

Portanto, o impedimento deve ser razoavelmente imprevisível, cabendo à parte que alega a sua ocorrência prová-lo, conforme a regra geral da distribuição do ônus da prova.

Por fim a CISG estabelece que o impedimento ou seus efeitos devem ser inevitáveis ou intransponíveis. Este último requisito nos leva em um primeiro momento à imagem do requisito de irresistibilidade da força maior no direito francês. Há grande divergência na doutrina quanto à caracterização deste requisito, se este engloba somente situações nas quais a performance se tornou impossível, ou se compreende também as situações de onerosidade excessiva.

Há suporte para a argumentação de que o artigo 79 só considera as situações de impossibilidade de cumprir, o que levaria a uma lacuna da CISG com relação ao tratamento de situações de hardship (Prado, 2010, pp. 327-329). No entanto, considerando o direcionamento da CISG ao comércio internacional, o princípio do *favor contractus*, e o recente desenvolvimento das teorias que determinam o ajuste dos termos contratuais a circunstâncias que desequilibram o contrato, nos parece justo incluir no escopo do artigo 79 as situações de hardship.

Ademais, uma regra que exonera do cumprimento das obrigações contratuais, nos parece conveniente, deve admitir uma solução menos radical, o reequilíbrio da equação contratual. O artigo 79(5) estabelece que somente o pedido de danos fica excluído das possibilidades facultadas ao credor da obrigação exonerada, podendo exercer outros direitos, como por exemplo ajustar o contrato, ora, quem pode mais, pode menos.

Considerando ainda o artigo 7(2) da CISG estabelece que lacunas não tratadas pela Convenção deverão ser remetidas aos princípios do direito internacional, podemos afirmar que por meio dos Princípios UNIDROIT é possível solucionar situações de hardship, vez que tal diploma possui uma disposição que trata exclusivamente desta hipótese em seus artigos 6.2.1 a 6.2.3. Para os fins do artigo 79 da CISG temos como efeito interpretar a regra do impedimento insuportável como “razoavelmente insuportável” englobando os eventos de onerosidade excessiva.

Inegavelmente, o impasse permanece vivo tanto na doutrina quanto na jurisprudência, ainda assim, a posição aqui adotada será a de que, de uma forma ou de outra, é possível incluir o hardship no escopo do artigo 79 da CISG. Portanto, o terceiro requisito deve ser entendido como impossibilidade do devedor de evitar ou transpor o impedimento dentro dos termos do contrato original, tendo que, para tal, ou adaptá-lo ou extingui-lo.

Com relação à aplicação da regra da exoneração a terceiros contratados pelo devedor para a execução das obrigações, o artigo 79(2) dispõe que os requisitos tratados anteriormente deverão ser cumpridos tanto pela parte contratual quanto pelo terceiro impedido de adimplir. Uma vez que o terceiro não cumpre com a obrigação contratual sem que possa ser exonerado pelo artigo 79 deverá a parte contratual responder pelo inadimplemento, vez que foi responsável pela escolha do fornecedor.

Identificamos nos dispositivos da CISG dois efeitos decorrentes do recurso ao artigo 79, o primeiro deles, e de mais fácil identificação, a liberação do pagamento de danos pelo inadimplemento, o segundo, a extinção ou suspensão do contrato, ou, em alguns casos, o direito ao reajuste dos termos contratuais.

O artigo 79(5) determina que, em caso de exoneração, não cabe à parte prejudicada pelo inadimplemento o pedido de danos. A regra clara é semelhante à regra estabelecida pelo artigo 1218 do Código Civil italiano, não será responsável o devedor pelas consequências de um inadimplemento que nem mesmo pode ser a ele imputado.

Quanto ao efeito sobre as obrigações contratuais, estas poderão ser suspensas, extintas ou ajustadas. O artigo 79(3) determina que os efeitos do artigo 79 como um todo perdurarão pelo mesmo período de tempo que perdurar o impedimento, valendo tal regra também para o pagamento de danos, aqueles que se originarem por inadimplemento persistente após o desaparecimento do obstáculo deverão ser arcados pela parte devedora.

Ao comunicar a impossibilidade temporária de cumprir com as obrigações contratuais deverá remeter as partes ou às disposições do artigo 47 ou 63 da CISG, dependendo do polo contratual no qual se encontra a parte inadimplente, determinando que a parte prejudicada poderá estabelecer um prazo razoável para que a parte inadimplente cumpra o contrato, período no qual não poderá recorrer à rescisão da relação contratual. Inicia-se então o período de suspensão, após o qual o inadimplemento será considerado fundamental, permitindo a extinção do contrato.

O procedimento estabelecido pela conjugação dos artigos 79 e 47 ou 63 pode assim ser apresentado: (i) a parte devedora constata o impedimento transitório ao seu cumprimento contratual, preenchendo os requisitos do artigo 79; (ii) a parte devedora, prestes a se tornar parte inadimplente, comunica o impedimento de forma imediata à parte credora; (iii) a parte credora avalia seu interesse no cumprimento atrasado, em caso negativo o atraso deve ser configurado como violação essencial, recaindo então na regra dos artigos 48 ou 64, em caso de interesse a parte credora estabelece um período dentro do qual a performance ainda é desejada, sendo impedido de rescindir o contrato; (iv) ao término do período, caso o devedor tenha adimplido a obrigação, resolve-se naturalmente o contrato, em caso de inadimplemento, extingue-se o contrato, e deve verificar-se a permanência ou não do impedimento, caso este ainda exista a regra do artigo 79 permanece ativa, eximindo o devedor do pagamento de danos.

É interessante que o recurso apresentado pelos artigos 47 e 63 já configura um ajuste na relação contratual, no qual se dilata o prazo para cumprimento, o que nos leva a considerar possível outras formas de ajustes do contrato para que se supere o impedimento.

O contrato também poderá ser extinto, ou por término do período de suspensão, como já observado²², no caso do atraso configurar-se como violação essencial do contrato de pleno, ou ainda, caso o impedimento seja permanente, impossibilitando o cumprimento em qualquer momento. Nestes casos, quando o impedimento esvazia o sentido da relação contratual, as partes devem rescindir o contrato com base nas disposições dos artigos 49(1)(a) ou 64(1)(a), uma vez que o não cumprimento total das obrigações implica em uma violação essencial do contrato.

Por fim, voltamos a afirmar que, em consonância com a prática contratual internacional moderna, há ainda a opção de ajuste dos termos contratuais. Como bem exposto “outros efeitos são possíveis como, por exemplo, a redução do preço, em determinadas circunstâncias, a execução específica ou ainda, a adaptação do contrato” (Prado, 2010, pp. 338-339).

Aplicado isoladamente, ou em conjunto com outros diplomas internacionais, os Princípios UNIDROIT são um importante documento uniformizador do direito internacional. Atualizado recentemente, a origem dos Princípios UNIDROIT remonta ao ano de 1971, no qual foi instituído um grupo de trabalhos para a preparação de um documento que dispusesse sobre os princípios dos contratos comerciais internacionais. O resultado final foi publicado em 1994, tendo seu texto sido modificado em 2004, e pode ser considerado como o documento mais completo no tratamento dos princípios do direito do comércio internacional (Rabello & Lerner, 2003).

²² Após o término do período de suspensão concedido pela parte prejudicada pelo impedimento aplica-se o disposto nos artigos 49(1)(b) ou 64(1)(b), cuja redação é bem semelhante, só sendo alterado o polo da relação contratual:

“Article 49

(1) The buyer may declare the contract avoided:

(a) in case of non-delivery, if the seller does not deliver the goods within the additional period of time fixed by the buyer in accordance with paragraph (1) of article 47 or declares that he will not deliver within the period so fixed.”

Em seu texto os Princípios UNIDROIT reconhecem tanto a força maior quanto o hardship como institutos do direito internacional dos contratos. O tratamento dado a estes dois institutos se apresenta em dois grupos de artigos distintos, trazendo inicialmente as normas relativas ao hardship, nos artigos 6.2.1 a 6.2.3, em uma seção exclusivamente reservada ao assunto dentro do capítulo que trata do adimplemento; enquanto a força maior é tratada em um único artigo, 7.1.7, dentro da seção que trata do inadimplemento.

É pertinente a observação alguns pontos. Inicialmente, quanto à ordem adotada – trazendo em primeiro lugar a figura do hardship e então a da força maior – nos parece ser esta a opção mais coerente, considerando, como veremos a frente, a estrutura que será aqui sugerida para a redação da cláusula de hardship e força maior. Em segundo lugar, é interessante observar que os Princípios optaram por tratar de forma mais extensiva a matéria do hardship, enquanto tratam de forma mais sucinta o evento de força maior, isto não só revela a maior complexidade de situações e efeitos englobados pela primeira situação, como também o fato de que as duas figuras se relacionam e se completam, não sendo necessário repetir, quando do tratamento do evento de força maior, certos aspectos já tratados no instituto do hardship.

Segundo Kessedjian (2005, p. 420), os Princípios foram provavelmente a primeira norma internacional a tratar do hardship como uma regra independente de disposição contratual. Consideremos ou não o instituto do hardship como abarcado pelo artigo 79 da CISG, de fato os Princípios tratam da matéria de forma mais direta e clara, uma vez que a Convenção de Viena em nenhum momento se refere ao termo. Ainda com respeito ao hardship, a escolha por esta palavra, ainda que de origem inglesa, supre a necessidade de neutralidade quanto às teorias nacionais, pois como pudemos ver anteriormente, o termo não é utilizado para se referir a nenhuma das teorias adotadas em ordenamentos locais.

Os Princípios UNIDROIT iniciam a seção que trata de hardship observando em primeiro lugar que, independentemente do desequilíbrio nos termos contratuais, estes deverão ser adimplidos, observadas as normas relativas ao hardship contidas

na seção 6.2. O artigo 6.2.1²³ promove assim a preservação do *pacta sunt servanda*, ainda que este seja aplicado em sua forma relativizada.

Com isto, os Princípios buscaram ressaltar que o ajuste contratual por meio das normas do hardship é sim considerado adimplemento do contrato, não contradizendo o princípio da força vinculante contratual, como afirma Rodner (2005, p. 685), “[t]he reality, however, is that hardship does not contradict *pacta sunt servanda*, for the latter refers to the binding nature of the agreement whereas the former refers to the rights and duties of the parties”.

Inicialmente o texto estabelece qual o efeito do hardship no equilíbrio contratual, e afirma, “[t]here is hardship where the occurrence of events fundamentally alters the equilibrium of the contract either because the cost of a party’s performance has increased or because the value of the performance a party receives has diminished”. A primeira sentença do artigo 6.2.2 requer, portanto, que haja uma alteração fundamental na consideração das prestações, uma quebra no sinalagma contratual.

O segundo requisito estabelecido pelo artigo 6.2.2 – “*the events occur or become known by the disadvantaged party after the conclusion of the contract*” – estabelece que o evento seja superveniente, em consonância com a teoria *d’imprévision* e da *excessiva onerosità sopravvenuta*. Engloba, portanto, tanto aqueles impedimentos que surgem após a assinatura do contrato, quanto aqueles que já existiam, mas que se tornaram noticiáveis somente após a execução da convenção – o que em alguns ordenamentos é tratado pela teoria do erro.

O item (b) do artigo 6.2.2 traz o requisito da imprevisibilidade razoável, quando estabelece que “*the events could not reasonably have been taken into account by the disadvantaged party at the time of the conclusion of the contract*”. O evento então deve ser razoavelmente imprevisível, no momento da consolidação do contrato, pela parte que recorre ao instituto do hardship.

²³ “Article 6.2.1 (Contract to be observed)

Where the performance of a contract becomes more onerous for one of the parties, that party is nevertheless bound to perform its obligations subject to the following provisions on hardship.”

O item (c), que trata da exterioridade do evento, segue a mesma regra que se aplica à disposição neste sentido do artigo 79, ou seja, a incidência do impedimento não deve ter ocorrido por causa imputável ao devedor ou a terceiros a ele relacionados, e o evento não deve guardar relação com a execução das atividades do devedor.

Por fim, o artigo 6.2.2 no seu item (d) estabelece que a parte que recorre ao instrumento do hardship não pode ter assumido o ônus do risco relacionado ao evento. Este requisito está intimamente relacionado com o requisito de imprevisibilidade, e pode ser explicado se, paralelamente, analisarmos a disposição do Código Civil Italiano de que não se pode recorrer à força maior ou à onerosidade excessiva se o evento está relacionado com a álea normal do contrato. Assim, este último requisito está ligado com a natureza aleatória ou não do contrato.

Após delimitar de forma detalhada o evento de hardship, o artigo 6.2.3 trata de determinar os efeitos da sua incidência:

“Article 6.2.3 (Effects of hardship)

(1) In case of hardship the disadvantaged party is entitled to request renegotiations. The request shall be made without undue delay and shall indicate the grounds on which it is based.

(2) The request for renegotiation does not in itself entitle the disadvantaged party to withhold performance.

(3) Upon failure to reach agreement within a reasonable time either party may resort to the court.

(4) If the court finds hardship it may, if reasonable,

(a) terminate the contract at a date and on terms to be fixed, or

(b) adapt the contract with a view to restoring its equilibrium.”

O primeiro ponto que devemos observar é que a ocorrência do hardship por si só não permite que a parte afetada suspenda o cumprimento do contrato, conforme disposto no parágrafo (2), de forma semelhante àquela estabelecida pela teoria da imprevisão no sistema francês. Assim, para que o contrato seja reajustado, este deve permanecer ativo.

Assim, sem que a performance seja suspensa, a parte afetada pelo desequilíbrio contratual deverá agir dentro da regra do 6.2.2(1), requerendo à parte contrária que juntas iniciem negociações visando o reajuste do contrato. É importante que, tendo sempre em vista as circunstâncias que envolvem o contrato, tal pedido de renegociação deverá ser feito o mais imediatamente possível. Pela própria natureza do hardship, quanto mais rápida a ação das partes a fim de solucionar o desequilíbrio contratual, menos radical é a alteração necessária.

Caso a renegociação não produza frutos, qualquer uma das partes poderá recorrer à disposição do artigo 6.2.2(3). Tal dispositivo determina que ambas as partes poderão ir a juízo – “*to the court*” – a fim de esta resolver a situação de acordo com o dispositivo do artigo 6.2.2(4). Devemos observar em primeiro lugar que pelo termo “*court*” os Princípios buscaram indicar o meio de resolução de disputas previsto pelas partes no contrato, podendo tanto ser um juízo estatal quanto um tribunal arbitral²⁴.

Em segundo lugar, é importante observar as opções apresentadas pelo artigo 6.2.2(4), este determina que o juízo deverá, ou extinguir o contrato ou ajustar os seus termos. Mais uma vez, em vista de todos os princípios de manutenção contratual, em especial a boa-fé e a justa negociação, enunciados no artigo 1.7 dos Princípios, nos alinhamos ao entendimento de que o juízo deverá primeiro buscar ajustar o contrato, extinguindo-o somente no caso de deterioração completa da relação entre as partes, caso no qual nenhuma das duas tenha interesse em continuar no acordo.

Ainda assim, é compreensível que o ajuste de um contrato é muitas vezes uma tarefa complicada, principalmente quando lidamos com um tribunal estatal. Tal situação pode ser amenizada optando-se pela arbitragem, ou ainda pela constituição de um *dispute board* técnico.

²⁴ “By “court”, we assume the Principles mean to resort to the dispute resolution mechanism which has been agreed upon in the contract. This interpretation is not given anywhere in the commentary but we would be surprised if the provision of Article 6.2.3(3) was to be understood as a jurisdictional rule.” (Kessedjian, 2005, p. 422)

Estabelece-se assim, no entendimento deste estudo, uma progressão no regime do hardship para o regime da força maior, sendo estes estes separados por uma linha tênue.

Os Princípios UNIDROIT ao tratarem da força maior em seu artigo 7.1.7 estabelecem em seu parágrafo (1) os requisitos do evento de força maior. Mais uma vez, os requisitos de exterioridade e imprevisibilidade estão presentes, juntamente com o requisito de que o evento seja irresistível. Observamos aqui portanto a diferença de configuração do evento de força maior e do evento de hardship, enquanto este pode ser contornado pelo ajuste contratual aquele impossibilita completamente a prestação.

O resultado já esperado do evento de força maior é a exoneração das obrigações das partes, estabelecendo o parágrafo (4) que ambas poderão recorrer à rescisão contratual, suspensão da performance e exigir a restituição de qualquer montante pago em consideração a uma prestação inadimplida.

O regime da suspensão temporária do contrato por evento perene também é observada pelos Princípios, no artigo 7.1.7(2), com os efeitos típicos já observados nesta situação. A suspensão perdura enquanto permanecer existente o evento de força maior, após este período o contrato retoma a sua eficácia, a não ser que durante o período de suspensão tenha perdido o sentido.

Após termos analisado as disposições da CISG e dos Princípios UNIDROIT acerca dos eventos de força maior e hardship podemos traçar uma caracterização geral, básica e internacionalmente aceita destes institutos.

Um evento poderá ser considerado então uma alteração superveniente de circunstâncias quando: (i) ocorre ou vem ao conhecimento das partes após a assinatura do contrato; (ii) no momento da assinatura do contrato não poderia ser razoavelmente previsto pelas partes; (iii) é exterior à imagem do devedor; (iv) não está englobado pela álea normal do contrato.

Ademais, o evento deverá causar sobre o contrato um desequilíbrio fundamental em suas bases, sobre as quais as partes apoiaram o fim contratual comum, gerando desde uma onerosidade extraordinária, a uma completa impossibilidade de adimplir, passando pela impossibilidade econômica. Os efeitos serão correspondentes portanto à gravidade do evento, podendo o contrato ser reajustado, suspenso ou extinto.

Nesta caracterização já observamos a distinção entre o evento de força maior e de hardship, enquanto um dificulta a prestação o outro impede, no entanto, como proposto adiante, esta distinção não é obstáculo para a construção da cláusula contratual de aplicação ampla.

IV. A CLÁUSULA DE FORÇA MAIOR E HARDSHIP.

Diante do questionamento se seria possível regular as normas estabelecidas tanto pela CISG quanto pelos Princípios UNIDROIT por meio do ajuste contratual entendemos que, como afirma Alfons H. Puelinckx (1986, p. 58) – “[if] *imprévision* is recognized by the legal system of the law of the contract, the scope of the clause is merely to adjust by agreement na already existing legal concept”. Assim, a nosso ver, as partes podem, a partir do quadro proposto pela normativa internacional, produzir cláusulas detalhadas e adequadas para cada tipo de contrato.

A relação do mecanismo contratual para lidar com situações de alteração superveniente de circunstâncias, ao nosso ver, deve respeitar em primeiro lugar a relação de coordenação entre hardship e força maior estabelecida pelos Princípios UNIDROIT, já aludida neste trabalho. Assim, consideramos pertinente que haja somente uma cláusula que lide conjuntamente com as duas situações. Ainda assim, iniciaremos a formulação da cláusula de forma separada, para ao fim integrar suas duas partes²⁵.

Partiremos dos elementos da cláusula clássica de hardship para projetarmos a cláusula de renegociação, tais elementos são: (i) a forma e o momento em que ocorre o desequilíbrio contratual; (ii) o procedimento para renegociação das

²⁵ Acerca do tema, Heinz Strohbach (1984, p. 40): “*In general, hardship clauses have as their aim the renegotiation of the terms of the contract with a view to creating conditions which will lead to the contract being performed despite the new situation.*

In contrast, force majeure clauses permit a party to a contract, who has an obligation to perform it in accordance with its terms, to terminate the contract before completion and to be entirely exonerated from responsibility for the non-fulfillment in certain circumstances. Force majeure clauses relate to circumstances that cause such a degree of hardship that the performance of the contract is temporarily or definitively out of the question. What these two clauses have in common first of all is that they are linked to disturbances during the period of the performance of the contract, and secondly, that neither of the parties is legally responsible (in contrast with a breach of contract such as defective quality, lack of performance, etc.).”

condições contratuais pelas partes; e, (iii) o efeito da renegociação, ou da sua impossibilidade, sobre o contrato.

A fim de identificar o momento de ocorrência do hardship, devemos detalhar contratualmente a situação normal do contrato (S0), que quando cumprido resultara no alcance da expectativa das partes (E0). O desequilíbrio em E0, ou seja, obtenção de outro resultado fundamentalmente diverso daquele esperado pelas partes, representa, conseqüentemente o resultado de eventos que alteram S0 (HS) ativando a cláusula de renegociação. Assim:

$$S0 = E0$$

$$S1 = E1$$

$$\text{Sendo que: } S1 = S0 + HS_1$$

O primeiro elemento da fórmula contratual é a situação normal, que servirá de base para a análise posterior do desequilíbrio econômico-financeiro do contrato. A S0 é então obtida por meio da ponderação dos encargos assumidos pelo contratado e a remuneração paga pelo contratante.

Em um segundo momento, determinamos a expectativa das partes no contrato, que é diretamente proporcional à S0. Neste ponto, as partes deverão prever contratualmente os objetivos que deverão ser alcançados com a assinatura e cumprimento do contrato, o que pode englobar, por exemplo, a execução de uma obra com o menor nível de gastos possível, o atendimento de um prazo essencial, ou ainda a utilização da tecnologia mais eficiente disponível, e do outro lado, na expectativa do contratado, pode-se determinar níveis básicos de remuneração, desenvolvimento tecnológico, obtenção de experiência, ampliação de atuação em um mercado e criação de portfólio. Observamos que a contratação envolve elementos além da execução das obrigações e remuneração do particular.

As partes deverão então caracterizar o elemento HS, para tal fim tomaremos o conceito de hardship estabelecido pelo artigo 6.2.2. dos Princípios UNIDROIT. Assim, uma situação, para se configurar como um evento HS deverá, em primeira

análise, cumprir com os quatro requisitos do hardship já estabelecidos no capítulo anterior.

Estabelecidas as condições do evento que ativa a cláusula de renegociação as partes deverão determinar o procedimento para adaptação do contrato. Mais uma vez, a solução dependerá do caso concreto. Em contratos que envolvem obras de engenharia ou tecnologia de ponta uma das opções seria a formação de um dispute resolution board, ferramenta de solução alternativa de controvérsias, que pode ser composto por técnicos apontados pelas partes, com expertise nos pontos de conflito (Strohbach, 1984, p. 42).

Por fim, determinam-se os efeitos da renegociação, e aqui temos duas opções, ou os mecanismos da cláusula de renegociação são bem sucedidos, adaptando o contrato à nova realidade e cumprindo com o regime legal ao qual se submete o contrato, ou há a impossibilidade de ajuste, e então deve-se recorrer às determinações da cláusula que tratam de eventos de força maior, que serão tratadas adiante.

É importante observar que, além da intenção de promover o ajuste dos termos contratuais a cláusula possui também a função de filtro, somente após uma aplicação de testes é que uma situação poderá justificar a rescisão contratual, o que conduz à manutenção do contrato. Obviamente que, em determinados casos, o evento poderá remeter imediatamente ao caso de força maior, mas para isso deverá se apresentar como irresistível e impossibilitar por completo o cumprimento do contrato.

Enquanto a primeira parte da cláusula de renegociação permite a adaptação dos termos contratuais e a manutenção da relação contratual, a parte que trata dos eventos de força maior lida com situações nas quais a adaptação de forma a atender as expectativas das partes já não é possível, ou quando o evento é de fato irresistível, não se encaixando na definição de hardship, havendo a impossibilidade total de cumprimento, seja por um período de tempo ou de forma permanente. O efeito da aplicação da cláusula de força maior é o afastamento da responsabilidade

das partes por danos que venham a surgir pelo descumprimento, ainda que elas devam cumprir com as disposições sobre suspensão ou término do contrato na medida do praticável (Strohbach, 1984, p. 40).

A construção da cláusula de força maior inicia-se então pela determinação das chamadas situações de força maior (Strohbach, 1984, p. 47). Mais uma vez recorreremos aos Princípios UNIDROIT em busca de um modelo, encontrado no artigo 7.1.7.

Tem-se, portanto, que a situação de força maior se encontra fora do controle das partes, imprevisível no momento de celebração do contrato e inevitável, e, o que diferencia a força maior do hardship, que impossibilita, ainda que temporariamente, a performance das obrigações pelas partes. Para determinar quando o cumprimento se torna impossível faremos referência àquelas situações não consideradas na cláusula de hardship, HS, será assim uma caracterização negativa. Ademais, aquelas situações inicialmente consideradas hardship, mas que, após tentativas de negociação, não puderam ser equacionadas, passam a ser consideradas força maior.

Por fim, a cláusula de força maior deverá determinar os efeitos da impossibilidade de cumprir (Strohbach, 1984, p. 47). Aqui encontramos duas hipóteses, a de impedimento temporário, e a de impedimento permanente. Na primeira hipótese, os efeitos do impedimento são de suspensão da responsabilidade por atraso no cumprimento enquanto durar o evento de força maior, sendo que, na grande parte dos casos, as partes estabelecem um período máximo de suspensão, após o qual a força maior será considerada como permanente e os efeitos serão aqueles previstos para a segunda hipótese, que no caso é o término da relação contratual, com a devida quitação das obrigações executadas até o momento, e afastamento da responsabilidade por danos causados pelo término antecipado.

A aplicação abstrata do método proposto acima nos permite obter um protótipo de cláusula de hardship e força maior, cujas lacunas deverão ser preenchidas observando a realidade do contrato:

“1. CLÁUSULA DE HARDSHIP E FORÇA MAIOR

1.1. Hardship

1.1.1. O Contratado reconhece que as expectativas do Contratante no presente Contrato são [E0 do Contratante], em contrapartida o Contratante reconhece como sendo as expectativas do Contratado [E0 do Contratado]. As partes assumem cumprir com os termos do presente Contrato de forma a razoavelmente atingir as expectativas de ambas as partes sob as condições existentes no momento de celebração do presente Contrato, a saber [detalhamento da S0].

1.1.2. As partes reconhecem que as condições existentes no momento do Contrato poderão sofrer alterações supervenientes, imprevisíveis ao momento da celebração, fora do controle das partes, cujo risco nenhuma delas assume, de caráter permanente e inevitável, devendo os termos do presente Contrato ser renegociados frente ao desequilíbrio ocorrido na relação expectativa-condições, conforme dispõe a presente cláusula e os artigos 6.2.1, 6.2.2, 6.2.3 e 7.1.7 dos Princípios UNIDROIT, respeitando tal diploma de forma integral. Tais alterações poderão consistir nas seguintes hipóteses [rol de situações HS], não sendo o rol apresentado exaustivo.

1.1.3. Para fins de renegociação dos termos do presente Contrato as partes procederão [Sistema adotado para o ajuste dos termos²⁶].

1.1.4. Concluído o procedimento estabelecido na presente cláusula e reestabelecido o equilíbrio na relação expectativa-condições os termos alcançados serão incorporados ao presente Contrato, prevalecendo sobre o entendimento anterior das partes. Caso o procedimento aqui estabelecido não promova o reequilíbrio contratual as partes deverão proceder conforme estabelecido pelos termos da subcláusula 1.2 e itens abaixo.

²⁶Como exemplo, a cláusula poderá prever: "Para fins de renegociação dos termos do presente Contrato as partes negociarão

1.1.5. Qualquer uma das partes poderá demandar perante o juízo competente execução específica da presente cláusula caso a outra parte não cumpra o aqui disposto.

1.2. Força Maior

1.2.1. Será considerado evento de força maior:

(i) Quando um evento caracterizado pelo item 1.1.3 acima, não puder ser solucionados de acordo com os termos da subcláusula 1.1 acima, em especial o item 1.1.4;

(ii) todo o evento ocorrido ou descoberto pelas partes após a assinatura do presente Contrato, imprevisível ao momento da assinatura, que não pode ser evitado e que esteja fora do controle das partes, cujos efeitos impossibilitam, temporariamente ou de forma permanente, o cumprimento das obrigações. A impossibilidade de cumprimento das obrigações será configurada quando o evento não é previsto dentro das hipóteses [HS] do item 1.1.3.

1.2.2. Quando o evento de força maior for considerado temporário este suspenderá a responsabilidade das partes relativa ao atraso no cumprimento, enquanto durar o impedimento. No entanto, caso tal impedimento perdure por mais de [●] dias, este será considerado como permanente, podendo as partes recorrer à aplicação do item 1.2.3. abaixo.

1.2.3. Quando o evento de força maior for considerado permanente as partes poderão resolver a relação contratual, quitando as obrigações passíveis de cumprimento até a data do evento de força maior, e se isentando ambas da responsabilidade por danos advindos de tal término antecipado.”

Desta forma elaboramos uma cláusula escalonada para lidar com os eventos supervenientes, segundo o qual as partes não podem rescindir o contrato sem antes passarem por todos as etapas que visam a manutenção da relação contratual.

V. CONCLUSÃO: *PACTA SUNT SERVANDA EX BONA FIDE*, UM NOVO PARADIGMA CONTRATUAL.

É inegável a evolução do direito internacional na última metade do século XX, principalmente no que diz respeito às iniciativas harmonizadoras do direito. O advento da Convenção de Viena de 1980 e dos Princípios UNIDROIT reeditados em 2004 se configuram como elementos essenciais caracterizadores da Nova Lex Mercatoria.

Por outro lado, a demanda por uma regulação previsível do direito do comércio internacional se apresenta cada vez mais forte, impulsionada pelo aumento do dinamismo e complexidade do comércio internacional²⁷. As regras relativas aos eventos que podem alterar a equação econômico-financeira do contrato são assim elemento de destaque neste cenário.

Ainda que os diplomas apresentados pela Nova Lex Mercatoria tenham obtido reconhecido sucesso na harmonização das diversas teorias dos ordenamentos nacionais, em especial as teorias da tradição do direito anglo-americano, do direito francês, do italiano e do alemão, relacionadas à alteração superveniente de circunstâncias, grandes níveis de complexidade exigem mecanismos *tailor made*. Desta forma, as partes devem, sempre que possível, se empenhar em desenvolver mecanismos contratuais que lidam com os eventos supervenientes, tomando como ponto de partida as normas aplicáveis, no nosso caso, a CISG e os Princípios UNIDROIT.

De fato, as cláusulas de hardship e força maior não são a única forma de conferir flexibilidade no contrato internacional, como bem apontado por Guy Block em “Arbitration and Changes in Energy Prices: a Review of ICC Awards

²⁷ “Modern levels of development, the creation of an internationally interdependent economic system, the incredible growth of commerce and the scientific and technical revolution make heavy demands on the law to respond to these dramatic challenges. The principles of freedom of contract and *pacta sunt servanda*, which have always been regarded as essential, “mathematically” correct axioms in the Roman law tradition and as less sensitive to change, have undergone substantial revision.” (Doudko, 2002)

With Respect to ‘Force Majeure’, Indexation, Adaption, Hardship and Take-or-Pay Clauses” (2009). No entanto, o objetivo deste trabalho foi apresentar uma diretriz geral a fim de inspirar a redação de cláusulas cada vez mais elaboradas e típicas para cada situação contratual.

O essencial é ter em mente que a intenção tanto das normativas internacionais quanto da elaboração sobre modelos contratuais mais adequados à realidade do comércio internacional tem como fim a manutenção deste último, que em uma análise microscópica se resume à manutenção das relações contratuais sempre que possível.

Por fim, concluímos que o novo modelo do contrato do comércio internacional, o contrato dinâmico, deve ter como pilares, mais uma vez o princípio do *favor contractus* e, essencialmente, a boa-fé no comércio internacional. Nos deparamos assim com um novo paradigma do contrato internacional, segundo o qual o princípio da vinculação dos contratos passa a ser observado sob a luz da boa-fé, pelo qual a fórmula passa a ser denominada não mais *pacta sunt servanda* mas sim *pacta sunt servanda ex bona fide*.

BIBLIOGRAFIA

- Taylor v. Caldwell (England and Wales High Court (Queen's Bench Division) 6 de Maio de 1863).
- Krell v. Henry (Court of Appeal 11 de Agosto de 1903).
- Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux (Conseil D'Etat Março de 30 de 1916).
- ALCOA v. Essex Group, Inc (United States District Court, Western District of Pennsylvania 7 de Abril de 1980).
- ICC Award 4145, 4145 (ICC 1983). Fonte: <http://www.trans-lex.org/204145>
- Azevedo, A. J. (2007). *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. São Paulo: Saraiva.
- Block, G. (2009). Arbitration and Changes in Energy Prices : a Review of ICC Awards With Respect to "Force Majeure", Indexation, Adaption, Hardship and Take-or-Pay Clauses. *The ICC International Court of Arbitration Bulletin*, 51-64.
- Doudko, A. G. (2002). Hardship in contract : the approach of the Unidroit Principles and legal developments in Russia. *Uniform law review = Revue de droit uniforme*, 5, 483-509.
- Frignani, A. (1991). *Factoring, leasing, franchising, venture capital, leveraged buy-out, hardship clause, countertrade, cash and carry, merchandising : [studi su momenti della vita dell'impresa]*. Torino: Giappichelli.
- Kessedjian, C. (2005). Competing Approaches to Force Majeure and Hardship. *International Review of Law and Economics*, 415-433.
- Lorenzo, S. S. (2005). "Hardship" en la contratación internacional : principios comunes para una unificación desde el derecho comparado. In: F. M. Comité de Honor Jorge Branco de Sampaio, *Soberanía del Estado y Derecho internacional : homenaje al profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo* (pp. 1273-1292). Sevilla: Universidad de Sevilla, Secretariado de Publicaciones .
- Marino, F. P. (2011). *Interpretação do negócio jurídico*. São Paulo: Saraiva.
- Ommeslaghe, P. v. (1980). Les clauses de force majeure et d'imprévision (hardship) dans les contrats internationaux. *Revue de droit international et de droit comparé*, 57, 7-59.
- Prado, M. d. (2010). Interpretação e Aplicação da regra de "Exoneração" da Convenção de Viena (1980). In: C. Finkelstein, J. B. Vita, & N. C. Filho, *Arbitragem Internacional, UNIDROIT, CISG e Direito Brasileiro* (pp. 321-339). São Paulo: Quartier Latin.
- Puelinckx, A. H. (1986). Frustration, Hardship, Force Majeure, Imprévision, Wegfall der Geschäftsgrundlage, Unmöglichkeit, Changed Circumstances: A Comparative study in English, French, German and Japanese Law. *Journal of International Arbitration*, 47-66.
- Rabello, A. M., & Lerner, P. (2003). The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and Israeli Contract Law. *UNIFORM LAW REVIEW = REVUE DE DROIT UNIFORME*, 601-629.

- Rodner, J. O. (2005). Hardship under the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts. In: *Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution : Liber amicorum in Honour of Robert Briner* (pp. 677-691). Paris: International Chamber of Commerce (ICC).
- Strohbach, H. (1984). Force Majeure and Hardship Clauses in International Commercial Contracts and Arbitration: The East-German Approach. *Journal of International Arbitration*, 39-52.