

## **Hardship no Comércio Internacional**

Monografia apresentado para IX Concurso de Monografias *Professor Albert H. Kritzer*.

Autor: Gabriel Enrique Côte-Real Carelli

## RESUMO

O presente trabalho dedica-se ao estudo do desequilíbrio contratual superveniente no direito do comércio internacional, em particular acerca do tratamento dado pela Convenção das Nações Unidas para a venda Internacional de Mercadorias (CISG) acerca do tema, mas também pelo prisma da *lex mercatoria e do* Princípios do Unidroit. A princípio, há de se apontar que a Convenção não aborda diretamente a questão da excessiva onerosidade econômica e quais seriam as suas consequências, de modo que se pretende estabelecer qual haveria de ser a melhor interpretação para este suposto silêncio normativo. Nesse sentido, o grande desafio, é estabelecer uma linha de interpretação que busque atender os fins da Convenção, de modo que a investigação, ao longo deste escrito, passa pela análise da doutrina de *hardship* em ordenamentos jurídicos de tradição de *common law* e de *civil law*, pela literatura jurídica dedicada ao tema e também pela maneira como a jurisprudência internacional vem abordando o assunto.

Palavras-chave: CISG; Imprevisão, Onerosidade Excessiva; *Lex Mercatoria*, Adaptação Contratual; Dever de Renegociar.

## ABSTRACT

The present term paper seeks to present an analysis about how supervening contractual imbalance is treated in international commercial contracts, in particular those governed by the United Nations Convention for the International Sale of Goods (CISG), but also analyzing the topic through the lens of the *lex mercatoria* and the Unidroit Principles. From the outset, it must be pointed out that the Convention does not directly address the issue of excessive economic burden and what would be its consequences. Therefore, the present study attempts to establish which would be the best interpretation for this supposed normative silence. In this sense, the great challenge is to establish a line of interpretation that seeks to meet the purposes of the Convention. In order to do so, throughout this writing, we explore the doctrine of changed circumstances in both common law and civil law legal systems, in specialized literature dedicated to the topic and also in the way in which international case law has been approaching the subject.

Keywords: CISG; Foreseeability, Hardship, Lex Mercatoria, Adaptation, Duty to Renegotiate

### LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art.	Artigo
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
CC	Código Civil
CCI	Câmara do Comércio Internacional
CCom	Código Comercial
CISG ou Convenção	Convenção das Nações Unidas para a Venda Internacional de Mercadorias (United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods)
FGV	Fundação Getúlio Vargas
HCCH	Conferência de Haia sobre Direito Internacional Privado
PECL	Princípios de Direito Contratual Europeu
Princípios do Unidroit ou “Princípios”	Princípios Unidroit Relativos Aos Contratos Comerciais Internacionais
UNCITRAL	Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional
Unidroit	Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b>	<b>1</b>
<b>1 HARDSHIP COMO PARTE DAS PRÁTICAS DO COMÉRCIO INTERNACIONAL</b>	<b>3</b>
1.1 <i>Hardship</i> como parte da <i>Lex Mercatoria</i>	3
1.2 <i>Hardship</i> nos Princípios do Unidroit	14
<b>2 HARDSHIP NA CISG</b>	<b>20</b>
2.1 <b>Soluções que excluem o conceito de <i>hardship</i> da CISG</b>	<b>22</b>
2.1.1 O silêncio da CISG sobre <i>hardship</i> sendo interpretado de modo eloquente	22
2.1.2 <i>Hardship</i> como uma lacuna externa da Convenção	28
2.1.3 <i>Hardship</i> como uma questão a ser resolvida como parte das práticas do comércio internacional	30
2.2 <b>Soluções que entendem que o conceito de <i>hardship</i> é governado pela CISG</b>	<b>30</b>
2.2.1 A ausência de uma regra específica sobre <i>hardship</i> constitui uma lacuna interna que deve ser preenchida pelos princípios nos quais a CISG se baseia	31
2.2.2 A ausência de uma regra específica sobre <i>hardship</i> constitui uma lacuna interna que deve ser preenchida pelos Princípios do Unidroit	33
2.2.3 <i>Hardship</i> pode constituir um impedimento no sentido do art. 79 da CISG	38
<b>3 CONCLUSÃO</b>	<b>43</b>

## INTRODUÇÃO

O desequilíbrio contratual superveniente, também chamado de *hardship*, mudança de circunstâncias, *eccessiva onerosità*, *imprévision* ou *Wegfall der Geschäftsgrundlage*<sup>1</sup>, pode ser definida como a situação jurídica na qual a performance de um contrato se torna excessivamente onerosa para uma das partes em razão do advento circunstâncias que não foram previstas no momento de sua celebração. Sem sombra de dúvida, trata-se de questão complexa e que recebe tratamentos muito distintos a depender do ordenamento jurídico sob enfoque, em geral, a questão tende a ser apresentada como um conflito entre o princípio da *pacta sunt servanda* e a cláusula *rebus sic stantibus*.

O brocardo latino *pacta sunt servanda* sintetiza a força obrigatória dos contratos, sendo fruto direto da autonomia das vontades. Em outras palavras, uma vez que as partes são livres para pactuar, um contrato concluído validamente cria para as partes contratantes o dever de cumprirem as obrigações acordadas. Na concepção clássica, caberiam as partes fazerem suas barganhas, e não as cortes<sup>2</sup>. Isto é, não haveria de se falar em intervenção externa para a alteração daquilo que foi livremente estabelecido, cabendo ao judiciário tão somente analisar a juridicidade das negociações, uma vez que a higidez dos procedimentos negociais garantiria que contrato fosse substancialmente justo.

Em uma concepção mais moderna, o princípio da força obrigatória dos contratos tem sido mitigado e excepcionado. Tal mudança é fruto da elevação de valores como solidariedade e boa-fé contratual ao patamar antes reservado à autonomia privada e a liberdade contratual. Nesse sentido, o brocardo latino, ainda que inexistente no direito romano, *rebus sic stantibus*<sup>3</sup>, que define que um contrato é vinculante desde que mantidas as condições de quando da elaboração do contrato, foi resgatado após ter passado alguns séculos em esquecimento<sup>4</sup>. Por

---

<sup>1</sup> Deve-se, no entanto, ser cauteloso ao notar que, embora os termos descrevam um mesmo fenômeno jurídico, seu uso não deve ser feito de forma intercambiável sem o devido cuidado. Cada uma destas expressões carrega consigo um significado próprio atrelado às jurisdições nacionais que as adotam. Ao longo do presente trabalho, como se pretende tratar do instituto numa perspectiva internacional, sem ter enfoque num regimento jurídico específico, utilizar-se-á as expressões *hardship* ou apenas “mudança de circunstâncias”.

<sup>2</sup> ZIMMERMANN, Reinhard. *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 1996, p. 577

<sup>3</sup> A expressão *rebus sic stantibus* remonta o direito medieval, em particular o direito canônico, e representa uma abreviação da expressão *contractus qui habent tractum successivum et dependentiam de futura rebus sic stantibus intelliguntur*, se originando na moral cristã que considerava injusto o lucro de alguém derivado da mudança ulterior das circunstâncias. Contudo, alguns autores apontam que a ideia de mitigação da força dos contratos em face de eventos supervenientes e imprevisíveis já podia ser encontrada na antiga Babilônia, no item nº 48 do Código de Hamurabi e em discursos de Cícero e Sêneca ao Senado Romano.

<sup>4</sup> ZIMMERMANN, Reinhard. *Op. Cit.*, p. 579

óbvio, a mudança não foi repentina e se desenvolveu ao longo do século XX (inicialmente por conta das transformações sociais decorrentes da 1ª Guerra Mundial<sup>5</sup>), antes de começar a ser consolidado no direito positivo.

Contudo, isso não significa que a questão da mudança de circunstâncias esteja resolvida, mas muito pelo contrário, importantes jurisdições, tanto de *civil* quanto de *common law* têm relatado em excepcionar o primado da santidade dos contratos em face de inesperadas e excessivas onerosidades a uma das partes. Especificamente, no comércio internacional, é altamente debatido tanto se a doutrina da mudança de circunstâncias há de ser reconhecida na Convenção de Viena para Venda Internacional de Mercadorias (CISG), quanto a pertinência de sua como parte da *lex mercatoria*.

Nessa linha, o presente trabalho busca justamente estabelecer uma reflexão sobre como desequilíbrio contratual superveniente é tratado no Direito do Comércio Internacional. Ressalta-se, contudo, que o presente trabalho não se dedica ao estudo detalhado das chamadas cláusulas de *hardship*, nas quais as partes expressamente definem um remédio em caso de um evento imprevisível e extraordinário que desequilibre significativamente a economia contratual.

O presente trabalho é dividido em dois grandes capítulos. O primeiro abordará o tema sob a perspectiva de instrumentos internacionais de direito contratual, em especial os Princípios do Unidroit (*Unidroit Principles of International Commercial Contracts*), além de trazer o debate acerca da adoção do princípio *rebus sic stantibus* como parte dos usos e costumes do direito internacional. O capítulo seguinte, por sua vez, tem por objeto apresentar um amplo estudo acerca das diferentes, e conflitantes, abordagens a respeito de *hardship* na CISG, nesse capítulo irá se resgatar o que foi apresentado no capítulo anterior ao analisar o papel que os Princípios do Unidroit e a *lex mercatoria* podem desempenhar na interpretação das lacunas da Convenção.

Por fim, serão apresentadas as conclusões do presente estudo, de forma objetiva.

---

<sup>5</sup> RODHE, Knut. Adjustment of Contracts on Account of Changed Conditions. **Scandinavian Studies in Law**, Vol. 3, 1959, p. 153

## **1 Hardship como parte das práticas do comércio internacional**

O presente capítulo tem por objeto a discussão acerca do reconhecimento do princípio *rebus sic stantibus* nos usos e costumes do comércio internacional, assim como o impacto que a sua adoção pelos Princípios do Unidroit teria tido nesse reconhecimento. Ressalte-se que o objetivo do presente capítulo não é discutir se as cláusulas modelos de *hardship* (tal como a cláusula modelo da CCI) fazem parte da *lex mercatoria*, mas especificamente endereçar se é justamente na ausência de uma cláusula destas que a *lex mercatoria* estabelecerá uma regra implícita sobre mudança de circunstâncias.

### **1.1 Hardship como parte da Lex Mercatoria**

Primeiramente, cumpre reconhecer que o reconhecimento da doutrina de *hardship* nos contratos de compra e venda internacional enfrentou certa resistência. Segundo a concepção mais tradicional<sup>6</sup>, não se poderia admitir tal princípio como parte da *lex mercatoria*, pois traria consigo uma dose de incerteza às transações internacionais<sup>7</sup>. O principal fundamento seria que os profissionais que operam no comércio exterior seriam suficientemente sofisticados para, caso fosse do interesse deles, incluir cláusulas contratuais endereçando a questão, e que a não inclusão de tal dispositivo contratual deveria ser interpretada como uma decisão consciente de alocação dos riscos contratuais. Portanto, segundo o entendimento clássico, ausente uma cláusula contratual que lhe desse aplicação, não se poderia recorrer à *lex mercatoria* como fonte subsidiária da cláusula *rebus sic stantibus*.

Contudo, há também de se reconhecer a jurisprudência, sobretudo arbitral, ao invés de afastar a aplicação da doutrina de *hardship*, por vezes a inseriu como parte da *lex mercatoria*, processo que parece ter se intensificado desde a primeira edição dos Princípios do Unidroit em 1994.

---

<sup>6</sup> Nessa linha cabe mencionar o Caso CCI nº 2673 de 1976 segundo o qual “*La necessite de respecter la stabilité des relations commerciales s’oppose à toute remise en question ou revision du contrat à cause d’événements postérieurs à sa conclusion tant qu’ils ne sont pas constitutifs de force majeure ou tant qu’une telle révision n’est pas expressément prévue et réglementée dans le contract* / A necessidade de respeitar a estabilidade das relações comerciais impede qualquer questionamento ou revisão do contrato por causa de eventos subsequentes à sua celebração, desde que não constituam força maior ou que tal revisão não seja expressamente prevista e regulamentada. no contrato (tradução livre)” (Câmara do Comércio Internacional, Sentença Arbitral nº 2673, 1976, apud PRADO, Mauricio. Novas Perspectivas do Reconhecimento e Aplicação do Harship na Jurisprudência Arbitral Internacional. **Revista Brasileira de Arbitragem**, Vol. 1, p. 32-60, 2004. fn. 5)

<sup>7</sup> PRADO, Mauricio. Novas Perspectivas do Reconhecimento e Aplicação do Harship na Jurisprudência Arbitral Internacional. **Revista Brasileira de Arbitragem**, Vol. 1, p. 32-60, 2004. p.33



Dito isso, o primeiro caso em que se verifica o reconhecimento do princípio *rebus sic stantibus* como parte da *lex mercatoria* foi no Caso CCI nº 1512 de 1971<sup>8</sup>. O caso envolvia a falha na execução de uma garantia apresentada por um banco paquistanês em favor de uma companhia indiana. O banco alegou que estaria liberado de sua obrigação de realizar o pagamento da garantia ao beneficiário em razão do advento da Guerra Indo-Paquistanesa de 1965. Em que pese o árbitro único ter rejeitado a tese do banco, apontando que não estariam presentes os requisitos necessários à aplicação do princípio, este foi claramente reconhecido, ainda que apenas em circunstâncias excepcionais que não estariam presentes.

No Caso CCI nº 2291 de 1975<sup>9</sup>, o árbitro único se manifestou expressamente acerca da obrigação de renegociar os termos contratuais em razão da mudança no equilíbrio econômico do contrato. Nesse sentido, restou consignado que “*It is a rule of the lex Mercatoria that the performances on the financial plane stay in equilibrium*” e que “*each party has the obligation to display a behaviour towards the other party which cannot harm the latter, and which takes into account that reasonable renegotiations are usual in international economic contracts*”<sup>10</sup>.

Já no Caso CCI nº 4761 de 1987<sup>11</sup> se discutiu a legalidade da obrigação das partes de revisar o preço contratual. O tribunal pontuou que segundo o direito líbio o princípio da *pacta sunt servanda* encontraria seu limite no princípio superior da boa-fé contratual, contudo, o que é importante de se notar é que para complementar a sua fundamentação, o tribunal também fez referência aos usos e costumes do comércio internacional, apontando que tal entendimento era igualmente aceito como parte da *lex mercatoria*.

A primeira vez que os Princípios do Unidroit foram utilizados como fonte da *lex mercatoria* para solucionar uma questão envolvendo *hardship*, foi no Caso CCI nº 7365 de 1997<sup>12</sup>. O caso envolvia um contrato assinado em 1977 entre a empresa norte-americana Cubic

---

<sup>8</sup> Câmara do Comércio Internacional, Sentença Arbitral nº 1512, 1971. Disponível em: <https://www.trans-lex.org/201512> (Acesso em: 12/04/2021)

<sup>9</sup> Câmara do Comércio Internacional, Sentença Arbitral nº 2291, 1975. Disponível em: <https://www.trans-lex.org/202291> (Acesso em 12/04/2021)

<sup>10</sup> “É regra da *lex Mercatoria* que os desempenhos no plano financeiro fiquem em equilíbrio (tradução livre)” e “cada parte tem a obrigação de exibir um comportamento em relação à outra parte que não a prejudique, e que leve em consideração que renegociações razoáveis são usual em contratos econômicos internacionais (tradução livre)”

<sup>11</sup> Câmara do Comércio Internacional, Sentença Arbitral nº 4761, 1987. Disponível em: <https://www.trans-lex.org/204761> (Acesso em 12/04/2021)

<sup>12</sup> Câmara do Comércio Internacional, Sentença Arbitral nº 7365/FMS, Paris, 05 de maio de 1987, Ministry of Defense and Support for the Armed Forces of the Islamic Republic of Iran v. Cubic Defense Systems, Inc. Disponível em: <http://www.unilex.info/principles/case/653> (Acesso em 12/04/2021). A sentença arbitral foi objeto

Defense Systems, Inc e a Força Aeronáutica Iraniana para a compra e instalação de equipamentos militares. Com o advento da Revolução Iraniana de 1979, a performance do contrato foi interrompida e ambas as partes pleitearam o pagamento de indenizações uma da outra. A lei aplicável ao contrato era a Lei Iraniana, mas as partes acordaram com a aplicação suplementar e complementar dos princípios gerais de direito internacional, de modo que o tribunal apontou que basearia suas decisões nos Princípios do Unidroit de 1994:

*“Since both Parties eventually agreed to the complementary and supplementary application of general principles of international law and trade usages, and based on Article 13(5) of the ICC Rules, the Tribunal shall, to the extent necessary, take into account such principles and usages as well. As to the contents of such rules, the Tribunal shall be guided by the Principles of International Commercial Contracts, published in 1994 by the UNIDROIT Institute, Rome.”*<sup>13</sup>

Nesse sentido, o tribunal procedeu a aplicar o artigo 6.2.3(4) dos Princípios do Unidroit para apontar o direito das partes de terminar o contrato unilateralmente em face da mudança de circunstâncias. Nessa linha, o tribunal concluiu que *“in a case in which the circumstances to a contract undergo fundamental changes in an unforeseeable way, a party is precluded from invoking the binding effect of the contract”*<sup>14</sup>. O tribunal também expressamente consignou que *hardship* haveria de ser reconhecida como um princípio geral do direito, apontando que “[i]n

---

de homologação perante as cortes americanas, oportunidade na qual a Cubic Defense Systems requereu a anulação da sentença sob fundamento, entre outras razões, de que o uso dos Princípios do Unidroit pelo tribunal arbitral violaria o Art. V(1)(c) da Convenção de Nova York, hipótese que foi rejeitada pelas cortes sob fundamento de que *“One of the issues presented to the Tribunal was whether general principles of international law apply to this dispute. That Cubic disagrees with the Tribunal's response to the question posed by the Parties is not a reason to find that the Tribunal addressed issues beyond the scope of the Terms of Reference / Uma das questões apresentadas ao Tribunal foi se os princípios gerais do direito internacional se aplicam a esta disputa. O fato de a Cubic discordar da resposta do Tribunal à questão colocada pelas partes não é razão para concluir que o Tribunal abordou questões além do escopo dos Termos de Referência. (tradução Livre)”* (Estados Unidos, Corte Distrital do Distrito Sul da Califórnia, Caso nº 98-1165-B, Juiz Rudi M. Brewster, 07 de dezembro de 1998)

<sup>13</sup> “Uma vez que ambas as partes concordaram com a aplicação complementar e suplementar dos princípios gerais do direito internacional e dos usos comerciais, e com base no Artigo 13 (5) das Regras da CCI, o Tribunal deverá, na medida do necessário, levar em consideração tais princípios e usos também. Quanto ao conteúdo de tais regras, o Tribunal será guiado pelos Princípios dos Contratos Comerciais Internacionais, publicados em 1994 pelo Instituto UNIDROIT, Roma (tradução livre)”

<sup>14</sup> “em um caso em que as circunstâncias de um contrato sofrem alterações fundamentais de forma imprevisível, uma parte está impedida de invocar o efeito vinculativo do contrato (tradução livre)”

*such restrictive and narrow form this concept [of hardship] has been incorporated into so many legal systems that it is widely regarded as a general principle of law”<sup>15</sup>.*

Também cabe referenciar o Caso CCI nº 8486 de 1996<sup>16</sup>, envolvendo um contrato internacional entre uma parte holandesa e outra turca. O contrato era regido pelo direito dos Países Baixos, no entanto o árbitro único fundamentou sua decisão na *lex mercatoria* ao recorrer ao disposto no artigo 3.12 do Código Civil holandês, que impõe que o julgador considere a convicção jurídica válida nos países baixos. Por tratar-se de um contrato internacional, o árbitro entendeu, então, que deveria interpretar o direito holandês à luz das práticas comerciais internacionais. Deste modo, o árbitro recorreu ao artigo 6.2.1 do Princípios do Unidroit para fundamentar que “*une résiliation du contrat suite à la survenance de circonstances imprévisibles ne doit pas être acceptée que dans des cas exceptionnels extrêmes*”<sup>17</sup> de modo a rejeitar a alegação da parte turca de que esta estaria no direito de terminar o contrato por conta da mudança de circunstâncias. Veja que, diferentemente do Caso CCI nº 7365 de 1997, neste caso a aplicação dos Princípios do Unidroit deu-se apenas de forma indireta.

Em sentido contrário, o Caso CCI nº 8873 de 1997<sup>18</sup>, um tribunal arbitral decidiu que a regra de *hardship* contida nos Princípios do Unidroit não poderia ser considerada como um uso ou costume do direito internacional. Em que pese o contrato ser governado pelo Direito Espanhol, o tribunal entendeu estar obrigado a levar em consideração os usos internacionais em razão do disposto no art. 13(5) do regulamento de arbitragem da CCI de 1988 que determinava que “[i]n all cases the arbitrator shall take account of the provisions of the contract and the relevant trade usages”<sup>19</sup>. Nesse sentido, o tribunal apontou que para se configurar um uso do comércio internacional seria necessário que se tratasse de prática contratual amplamente conhecida e regularmente observada por partes naquela seara do comércio internacional. Isto posto, o tribunal concluiu que as regras de *hardship* contidas no Princípios do Unidroit não

---

<sup>15</sup> “[d]e forma tão restritiva e estreita, este conceito [de hardship] foi incorporado em tantos sistemas jurídicos que é amplamente considerado um princípio geral de direito (tradução livre)”

<sup>16</sup> Câmara do Comércio Internacional, Sentença Arbitral nº 8486, 1996. Disponível em: <https://www.trans-lex.org/208486> (Acesso em 13/04/2021)

<sup>17</sup> “a rescisão do contrato após a ocorrência de circunstâncias imprevisíveis não deve ser aceita, exceto em casos extremos e excepcionais (tradução livre)”

<sup>18</sup> Câmara do Comércio Internacional, Sentença Arbitral nº 8873, Paris, Julho de 1997. Disponível em: <http://www.unilex.info/principles/case/641> (Acesso em: 13/04/2021)

<sup>19</sup> “Em todos os casos, o árbitro deverá levar em consideração as disposições do contrato e os usos relevantes do comércio (tradução livre)”

passariam no teste e não poderiam ser tidos como representativos das práticas comerciais em vigor:

*“Il est donc exclu que l'on puisse considrer les dispositions en matire de hardship contenues dans les " Principes UNIDROIT " comme des usages du commerce. Il s'agit, au contraire, de regles qui ne correspondent pas, au moins actuel la pratique courante des affaires dans le commerce international et qui ne seront par consequent applicables que lorsque les parties y ont fait une reference expresse, ce qui n'est pas le cas ici.”*<sup>20</sup>

Diferentemente do caso acima, no Caso CCI nº 9479 de 1999<sup>21</sup>, o tribunal arbitral o tribunal fez reiteradas referências ao art. 6.2.2 dos Princípios do Unidroit após reconhecer que os Princípios seriam uma *“accurate representation, although incomplete, of the usages of international trade”*<sup>22</sup>. Como veremos em maiores detalhes adiante, tal caracterização teria sido imprecisa em 1994, quando os Princípios do Unidroit foram originalmente escritos, foi imprecisa em 1999, quando a sentença foi proferida e seria imprecisa hoje, mais de vinte anos depois.

Curiosamente, o Professor Maurício Prado, ao comentar a evolução da jurisprudência arbitral sobre o tema, lamentou *“o caráter sumário do exame da prática contratual”*<sup>23</sup> feito no Caso CCI nº 8873 de 1997, mas se absteve de comentar a apressada conclusão alcançada no Caso CCI nº 9479 de 1999. *Data máxima vênia* ao Professor Maurício Prado, cuja pesquisa foi de extrema ajuda na elaboração do presente capítulo, resta claro que o seu lamento está mais relacionado ao conteúdo da decisão do que ao método empregado para alcançá-la.

---

<sup>20</sup> “Portanto, está excluído que possamos considerar as disposições de privação contidas nos "Princípios UNIDROIT" como práticas comerciais. Pelo contrário, trata-se de regras que não correspondem, pelo menos por ora, à prática comercial corrente no comércio internacional e que, portanto, só serão aplicáveis quando as partes as tenham feito referência expressa, o que não é o caso aqui. (tradução livre)”

<sup>21</sup> Câmara do Comércio Internacional, Sentença Arbitral nº 9479, fevereiro de 1999. Disponível em: <http://www.unilex.info/principles/case/680> (Acesso em: 13/04/2021)

<sup>22</sup> “representação precisa, ainda que incompleta, dos usos do comércio internacional (tradução livre)”

<sup>23</sup> PRADO, Maurício. *Op. cit.*, p.57

No Caso CCI nº 10021 de 2000<sup>24</sup>, tal como no caso o Caso CCI nº 8873 de 1997, recorreu-se aos usos e costumes internacionais por força do regulamento de arbitragem da CCI. A conclusão, contudo, foi diversa, uma vez que se apontou que os Princípios do Unidroit constituiriam usos comerciais codificados, embora se faça necessário ressaltar que o próprio tribunal reconheceu que a referência aos Princípios do Unidroit dessa forma é mais de natureza persuasiva do que vinculativa.

Em aplicação mais sutil, no Caso CCI nº 9994 de 2001<sup>25</sup>, um tribunal arbitral recorreu aos artigos de *hardship* dos Princípios do Unidroit para corroborar seu entendimento de que, sob o princípio da boa-fé do Direito Francês, haveria um dever das partes de adaptarem o contrato em face da mudança de circunstância. Nesse sentido, o tribunal apontou para os Princípios do Unidroit para indicar que “*this principle is also prevailing in international commercial law*”. Em que pese a referência limitada, é importante ressaltar que o conteúdo da decisão foi muito mais alinhado ao que dispõe os Princípios do Unidroit do que à lei francesa à época, que rejeitava expressamente o conceito de *hardship* nos contratos de direito privado.

No caso Hengxing Company v. Guangdong Petrochemical<sup>26</sup> julgado pela Tribunal Popular Intermediário da Prefeitura de Shaoguan, China, em 2005, a corte determinou a resolução do contrato nos termos do Art. 6.2.3(4)(a) dos Princípios do Unidroit. A decisão foi objeto de recurso no qual se contestava aplicação os Princípios no caso em questão, uma vez que (a) os Princípios não são juridicamente vinculativos sob a lei chinesa; (b) as duas partes eram empresas nacionais e, portanto, seu relacionamento não deveria estar sujeito aos Princípios; (c) as partes não escolheram os Princípios. A decisão, todavia, foi mantida pelo juízo *ad quem* que se limitou a apontar que a decisão teria sido a mesma sob a ótica do Direito Chinês, sem adentrar na questão de se a referência aos Princípios teria sido correta ou não<sup>27</sup>.

Em relação a decisões proferidas em solo tupiniquim, não há registro de casos de excessiva onerosidade sendo resolvidos diretamente fundamentados diretamente na *lex*

---

<sup>24</sup> Câmara do Comércio Internacional, Sentença Arbitral nº 10021, 2000. Disponível em: <http://www.unilex.info/principles/case/832> (Acesso em: 13/04/2021)

<sup>25</sup> Câmara do Comércio Internacional, Sentença Arbitral nº 9994, dezembro de 2001. Disponível em: <http://www.unilex.info/principles/case/1062> (Acesso em: 13/04/2021)

<sup>26</sup> China, Tribunal Popular Intermediário da Prefeitura de Shaoguan, Hengxing Company v. Guangdong Petrochemical Subsidiary Company, 28 de abril de 2005, apud BONELL, Michael Joachim. **The UNIDROIT Principles in Practice: Caselaw and Bibliography on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts**. 2. ed. Nova York: Transnational Publishers, Inc, 2006. p. 1105

<sup>27</sup> Informação disponível em: <https://unilex.info/principles/case/1120> (acesso em 13/04/2021)

*mercatoria*, contudo há registro de casos arbitrais que suplementaram a sua decisão com referências à solução dada pelos Princípios do Unidroit. O primeiro caso é uma decisão de 2005 proferida por um tribunal arbitral *ad hoc*<sup>28</sup>, na qual o tribunal valeu-se da definição de *hardship* contida nos Princípios do Unidroit para apontar que: “*as condições necessárias para a existência, na relação contratual, de um estado de hardship, isto é, de um estado de adversidade, que, ao impor graves prejuízos apenas para um lado da relação, tem como resultado a desproporção no equilíbrio entre as prestações devidas.*”. Na mesma linha, o caso Delta Comercializadora de Energia v. AES Infoenergy<sup>29</sup>, julgado por um tribunal arbitral vinculado à Câmara FGV de Conciliação e Arbitragem, recorreu ao Art. 6.2.1 para apontar que a rescisão de um contrato por circunstâncias imprevistas deve ser permitida apenas em circunstâncias verdadeiramente excepcionais.

Por fim, cabe mencionar a decisão proferida pela Corte Suprema de Justiça da Colômbia em 2012<sup>30</sup>, no qual a corte faz um detalhado relato histórico e comparativo sobre a teoria da imprevisão e seus requisitos. Ao comentar a *lex mercatoria*, a corte aponta que “[e]s, igualmente reconocida la revisión del contrato por alteración del equilibrio prestacional en el contexto actual de la *lex mercatoria*”<sup>31</sup>. A corte ainda tece longos comentários acerca do tratamento da matéria pelos Princípios do Unidroit e sobre a importância dos Princípios para a uniformização do Direito Privado.

Conforme demonstrado acima, há uma série de decisões, a maior parte delas proferidas em sede arbitral, que tem reconhecido o princípio *rebus sic stantibus* como um princípio geral do direito ou como uma norma da *lex mercatoria*. Ademais, o número de decisões nesse sentido parece ter aumentado desde a edição dos Princípios do Unidroit em 1994, cujos artigos 6.2.1, 6.2.2 e 6.2.3 passaram a ser reiteradamente referenciados como positivação do princípio *rebus sic stantibus*. Dito isso, cabe agora fazer uma crítica a tal enquadramento.

---

<sup>28</sup> Arbitragem *ad hoc*, Sentença Arbitral, 21 de dezembro de 2005. Disponível em: <http://www.unilex.info/case> (Acesso em: 13/04/2021)

<sup>29</sup> Câmara FGV de Conciliação e Arbitragem, Sentença Arbitral, Caso nº 1/2008, São Paulo, 09 de fevereiro de 2009. Disponível em: <http://www.unilex.info/principles/case/1530> (Acesso em: 13/04/2021)

<sup>30</sup> Colômbia, Corte Suprema de Justiça, Caso nº 1001-3103-040-2006-00537-01, Sala de Casación Civil, Relator Magistrado William Namém Vargas, 21 de fevereiro de 2012. Disponível em: <http://www.cisgspanish.com/seccion/jurisprudencia/colombia/> (Acesso em 13/04/21)

<sup>31</sup> “[é] também reconhecida a revisão do contrato por alteração do equilíbrio obrigacional no atual contexto da *lex mercatoria* (tradução livre)”

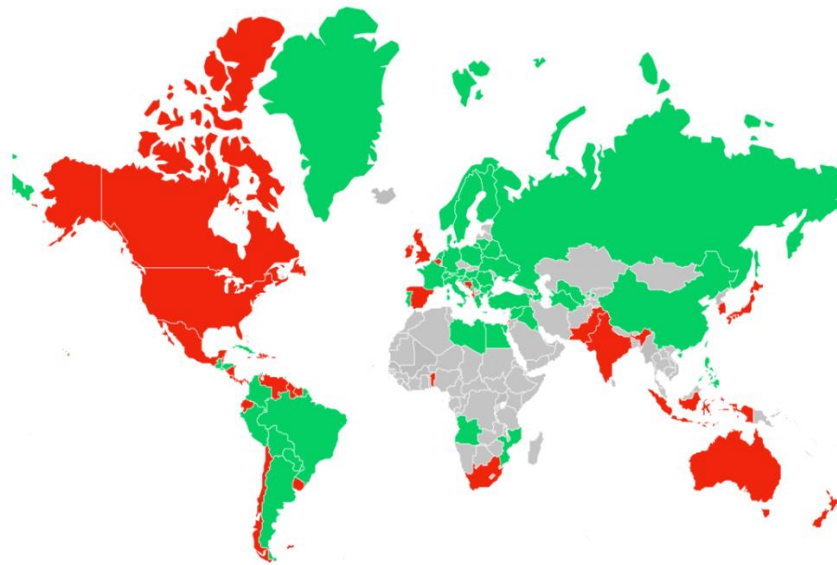
Se por um lado é possível dizer que o princípio de *pacta sunt servanda e impossibilium nulla est obligatio* são princípios gerais do direito que encontram paralelos em todos os sistemas jurídicos, o mesmo não pode ser dito do princípio *rebus sic stantibus*<sup>32</sup>. É verdade que muitos países adotam, sob diferentes nomes (*hardship*, *excessiva onerosità*, ou *Wegfall der Geschäftsgrundlage*, entre muitos outros), alguma versão do princípio de que as obrigações contratuais não podem se manter como originalmente pactuadas ante a uma mudança inesperada de circunstâncias em que o equilíbrio econômico do contrato se quedou prejudicado. Contudo, a adoção desta teoria é muito mais disseminada entre países da tradição jurídica de *civil law* do que nos países da tradição de *common law*. Sendo essas as duas principais tradições jurídicas o mundo, parece prematuro alçar o do princípio *rebus sic stantibus* como um princípio geral do direito quando este é em larga medida rejeitado por uma delas.

Com efeito, o mapa abaixo demonstra os esforços da presente pesquisa em identificar em quais países há regras positivadas sobre *hardship*<sup>33</sup>. Antes de mais nada, cabe ressaltar os resultados limitados da presente pesquisa, que não foi capaz de identificar fontes confiáveis em idiomas habituais sobre a legislação atualizada de muitos países. Nada obstante, o mapa abaixo presta-se a ilustrar como a questão é divisiva ao redor do mundo. Em verde ilustramos os países que contam expressamente com leis endereçando a mudança de circunstâncias e, em vermelho, os países que não o fazem.

---

<sup>32</sup> SCHEWENZER, Ingeborg/ MUÑOSZ, Eduardo. Duty to renegotiate and contract adaptation in case of hardship. *Uniform Law Review*. Vol. 24, p. 149-174, 2019, p. 150

<sup>33</sup> **Alemanha** § 313 BGB; **Angola** Art. 437 CC; **Argentina** Art. 1091 CC; **Armenia** Art. 467 CC; **Áustria** §§ 936, 1052, 1170 BGB; **Azerbaijão** Art. 422 CC, **Belarus** Art. 421 CC; **Bolívia** Art. 581(1)(4) CC; **Brasil** Art. 478, 479 CC; **Bulgária** Art. 307 CCom; **China** Art. 533 CC; **Colômbia** Art. 868 CCom; **Croácia** Art. 369 Lei das Obrigações Civis; **Cuba** Art. 80 CC; **Egito** Art. 147(2) CC; **Eslovênia** Art. 112 Lei das Obrigações; **França** Art. 1195 CC; **Filipinas** Art. 1267 CC; **Grécia** Art. 388 CC; **Guatemala** Art. 1330 CC; **Honduras** Art. 757 CCom; **Iraque** Art. 146(2) CC; **Itália** Art. 1467 CC; **Kuwait** Art. 198 CC; **Líbia** Art. 147 CC; **Lituânia** Art. 6.204 CC; **Moçambique** Art. 437 CC; **Montenegro** Art. 128 CC; **Países Baixos** Art. 6:258 BW; **Panamá** Art. 1161-A CC; **Paraguai** Art. 672 CC; **Peru** Arts. 1440-1444 CC; **Polônia** Art.351-1 CC; **Portugal** Art. 437 CC; **Paraguai** Art. 672 CC; **Qatar** Art. 171(2) CC; **República Tcheca** Art. 1764 e 1766 CC; **Romênia** Art. 1271(2) CC; **Rússia** Art. 451 CC; **Síria** Art. 148(2) CC; **Suécia** Art. 36 Lei Contratual; **Taiwan** Art. 227-2 CC; **Turcomenistão** Art. 409 CC; **Turquia** Art. 138 da Lei das Obrigações; **Ucrânia** Art. 652 CC; **Uzbequistão** Art. 383 CC.



Por óbvio, nem todos os países em vermelho ou em verde são iguais entre si. Por exemplo, em certos países marcados de verde um cenário de *hardship* levaria à terminação do contrato (ex: Itália, Cuba e Filipinas) enquanto que, em outros estaria autorizada à adaptação pelas cortes (ex: Argentina, Alemanha e Brasil). Já entre os países em vermelho, há aqueles em que a mudança de circunstância é reconhecida na jurisprudência ainda que não seja prevista na legislação (ex: Espanha<sup>34</sup>; Japão<sup>35</sup> e Coreia do Sul<sup>36</sup>) e há muitos países de *Common Law* que

---

<sup>34</sup> Espanha, Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Caso nº 28079110012014100324 (ECLI:ES:TS:2014:2823), Relator Francisco Javier Orduña Moreno, 30 de junho de 2014. Disponível em: <https://www.poderjudicial.es> (Acesso em: 13/08/2021). Espanha, Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Caso nº 28079110012014100641 (ECLI:ES:TS:2014:5090), Relator Francisco Javier Orduña Moreno, 15 de outubro de 2014. Disponível em: <https://www.poderjudicial.es> (Acesso em 13/08/2021). Espanha, Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Caso nº 28079110012015100205 (ECLI:ES:TS:2015:1698), Relator Francisco Javier Orduña Moreno, 24 de fevereiro de 2015. Disponível em: <https://www.poderjudicial.es> (Acesso em 13/08/2021). Espanha, Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Caso nº 28079110012019100028 (ECLI:ES:TS:2019:57), Relatora Maria De Los Angeles Parra Lucan , 15 de janeiro de 2019. Disponível em: <https://www.poderjudicial.es> (Acesso em 13/08/2021).

<sup>35</sup> PUELINCKX, Alfons H. Frustration, Hardship, Force Majeure, Imprevisión, Wegfall der Geschäftsgrundlage, Unmöglichkeit, Changed Circumstances-A Comparative Study in English, French, German and Japanese Law. **Journal of International Arbitration**, Vol. 3(2), p. 47-66, 1986, p. 48

<sup>36</sup> Coreia do Sul, Suprema Corte, Caso nº 2004Da31302, 29 de março de 2007. Coreia do Sul, Suprema Corte, Caso nº 2008Da44368, 24 de junho de 2011. Para uma análise mais detalhada do Direito coreano see: KWON, Youngjoon. Contract interpretation under Korean Law, in: CHEN-WISHART, Mindy; VOGENAUER, Stefan (eds.). **Studies in the Contract Laws of Asia – part III – Contents of Contracts and unfair terms**. 1.ed. Oxford: Oxford University Press, 2020, p. 220-221



adotam a doutrina de teoria de *impracticability*<sup>37</sup> (Estados Unidos) ou de *frustration*<sup>38</sup> (ex: Reino Unido, Austrália e Nova Zelândia) que, embora menos flexíveis que a doutrina de *hardship* encontrada nos Princípios, são mais flexíveis do que a posição dos países que adotam apenas a doutrina da impossibilidade (ex: Uruguai, Chile e Bélgica). Os países também podem variar internamente. No México, por exemplo, a teoria de *hardship* não encontra respaldo na legislação federal, mas foi positivada em alguns estados (ex: Art. 1733 e 1734 do Código Civil de Aguascalientes; e Art. 1796 e 1797 do Código Civil do Distrito Federal - Cidade do México).

Voltando a atenção aos Princípios do Unidroit, apesar de serem originários de uma Organização Internacional formada por Estados, os Princípios não refletem as posições de seus Estados membros, tal como acontece com tratados e convenções<sup>39</sup>. Ao contrário, há de se reconhecer que estes não foram feitos para refletir as soluções jurídicas prevalentes mundo afora, mas que seus redatores fizeram uma escolha em relação ao que entendiam ser a prática mais adequada às transações internacionais<sup>40</sup>. Nesse sentido, o professor Fabio Bortolotti é preciso em reconhecer o equívoco de se interpretar que os Princípios do Unidroit sejam, em sua integralidade, reconhecidos como normas da *lex mercatoria*:

*“[T]he UNIDROIT Principles correspond only to some extent to prevailing standards of trade and that they cannot therefore be regarded en bloc as expressing principles of law generally recognized in international trade as applicable to international contracts or as usages of trade. A case-by-case analysis of each single provision is needed. As we shall see, no provision of the UNIDROIT Principles can*

---

<sup>37</sup> A doutrina americana de *impracticability*, a princípio, não é tão diferente das outras doutrinas de mudanças de circunstâncias encontradas em muitos países de *Civil Law*. Contudo, como nesse momento estamos analisando se as regras de *hardship* dos Princípios do Unidroit seriam amplamente aceitas mundo afora, nos pareceu mais adequado deixar os Estados Unidos marcados de vermelho. As principais razões para tal qualificação seriam as bases teóricas dos institutos, a aplicação bastante restrita pelas cortes americanas da doutrina de *impracticability*, sua restrição apenas à contratos de compra e venda, e o fato de que as consequências vislumbradas no at. 6.2.3 dos Princípios do Unidroit seriam impensáveis no Direito norte-americano.

<sup>38</sup> A doutrina de *frustration* também lida com a força obrigatória dos contratos em face do advento de circunstâncias que não foram previstas no momento da celebração. Contudo, a doutrina de *frustration* envolve, fundamentalmente, uma análise do esvaziamento dos propósitos do contrato, de modo que não bastaria que se observasse um desequilíbrio contratual imprevisível. Embora seja possível conceber casos em que ambas a doutrinas possam se sobrepor, é evidente que o Reino Unido e outros países de *Common Law* não adotam uma regra de mudanças de circunstâncias comparável ao que se observa nos Princípios do Unidroit.

<sup>39</sup> GAMA Jr., Lauro. Prospects for the UNIDROIT Principles in Brazil. **Uniform Law Review**, Vol. 16, p. 613-656, 2011. p. 638

<sup>40</sup> BORTOLOTTI, Fabio. “The Unidroit Principles and the arbitral tribunals”. **Uniform Law Review**, Vol. 5, p. 141-152, 2000. p. 143

*be considered as a rule of the lex mercatoria before checking whether it is really in line with the standards of international trade.”<sup>41</sup>*

Nesse mesmo sentido concluiu o Professor Lauro Gama, após se debruçar sobre as diferentes teorias da *lex mercatoria*:

*“Postas, em linhas gerais, as posições conflitantes sobre o tema, à luz dos contornos mais usuais da nova lex mercatoria, entendemos que os Princípios do UNIDROIT não possuem aptidão para integrá-la.*

*Ao contrário dos Princípios do UNIDROIT, a lex mercatoria não contém regras emprestadas às principais legislações nacionais e internacionais, mas constrói-se no espaço transnacional, através das condições gerais, contratos-tipo, etc. utilizados na operação das empresas e profissionais atuantes no comércio internacional. Além disto, a lex mercatoria não se identifica com o droit savant, de origem doutrinária, cujas normas são formuladas por experts tendo em vista o ideal das melhores soluções, mesmo que não sejam ainda geralmente aceitas.”<sup>42</sup>*

Especificamente, as regras de *hardship* contidas nos artigos 6.2.1-6.2.3 são frequentemente citadas como um dos exemplos no qual os redatores dos Princípios escolheram uma solução jurídica que julgaram adequada sem que esta representasse à prática internacional<sup>43</sup>. Como já demonstrado acima, muitos sistemas nacionais não consideram *hardship* de forma alguma (mas apenas as situações mais próximas da impossibilidade de execução, como força maior ou *frustration*). Outros sistemas aceitam o princípio de que o contrato pode ser rescindido se a execução por uma das partes tornar-se excessivamente

---

<sup>41</sup> Ibid., p. 145. “Os Princípios UNIDROIT correspondem apenas até certo ponto aos padrões de comércio prevalecentes e não podem, pois, ser considerados em bloco como expressando princípios de direito geralmente reconhecidos no comércio internacional como aplicáveis a contratos internacionais ou como usos do comércio. É necessária uma análise caso a caso de cada um dos artigos. Como veremos, nenhuma disposição dos Princípios UNIDROIT pode ser considerada como uma regra da *lex mercatoria* antes de verificar se está realmente de acordo com os padrões do comércio internacional.” (Tradução Livre)

<sup>42</sup> GAMA Jr., Lauro. **Contratos Internacionais à luz dos princípios do UNIDROIT 2004: soft law, arbitragem e jurisdição**, 2006, p. 239-240.

<sup>43</sup> Nesse sentido: GOODE, Roy. International restatements of contract and English Contract Law. **Uniform Law Review**, Vol. 2, p. 231-248, 1997, p. 243; BORTOLOTTI, Fabio. *Op. Cit.* p. 144.

onerosa, mas não permitem que terceiros interfiram na relação contratual para restaurar o equilíbrio obrigacional, tal como autorizado pelo artigo 6.2.3(4)(b).

Logo, não é adequada a leitura feita por certos doutrinadores, árbitros e juízes de que as regras contidas nos Princípios do Unidroit sobre *hardship* possam ser tidas como regras da *lex mercatoria*. Nada obstante, como se trata da regra mais aplicada nesse sentido, entendemos ser necessária uma análise mais detalhada de seu regramento, especialmente pelo impacto que os Princípios do Unidroit têm nas discussões apresentadas no próximo capítulo.

## 1.2 *Hardship* nos Princípios do Unidroit

Os Princípios do Unidroit disciplinam *hardship* na seção 2 do capítulo 6. Uma análise da topografia normativa demonstra que a disciplina se localiza no capítulo referente à execução do contrato (*performance*), em contraste com o tratamento dado à força maior, que é regulada no capítulo relativo à inexecução do contrato (*non-performance*). Com efeito, tal distinção acentua que se a execução do contrato não se tornou impossível, como no caso da força maior, a matéria há de ser tratada como matéria pertencente à execução do contrato, ainda que a execução tenha se tornado excessivamente onerosa<sup>44</sup>.

O artigo 6.2.1 disciplina o princípio da força obrigatória dos contratos, *i.e.* o princípio da *pacta sunt servanda*, estabelecendo que não é possível exonerar-se do cumprimento de uma obrigação apenas por que sua execução se tornou-se mais onerosa. Desse modo, o artigo não só sedimenta que as regras contidas nos dois artigos subsequentes só devem ser aplicadas em circunstâncias verdadeiramente excepcionais<sup>45</sup>, como também deixa claro que *hardship*, por si só, jamais justifica a inexecução do contrato<sup>46</sup>.

### ARTIGO 6.2.1

(Obrigatoriedade do contrato)

---

<sup>44</sup> GAMA Jr., Lauro, *Op. Cit.* p. 364

<sup>45</sup> Nesse sentido: Câmara do Comércio Internacional, Sentença Arbitral nº 8486, 1996. Disponível em: <https://www.trans-lex.org/208486> (Acesso em 13/04/2021) e Câmara FGV de Conciliação e Arbitragem, Sentença Arbitral, Caso nº 1/2008, São Paulo, 09 de fevereiro de 2009. Disponível em: <http://www.unilex.info/principles/case/1530> (Acesso em: 13/04/2021)

<sup>46</sup> PERILLO, Joseph M. Force majeure and hardship under the UNIDROIT principles of international commercial contracts. **Tulane Journal of International and Comparative Law**, Vol. 5, p. 5-28, 1997. p.21

Quando o cumprimento de um contrato se torna mais oneroso para uma das partes, tal parte continua, ainda assim, obrigada a cumprir o contrato, ressalvadas as disposições seguintes a respeito de *hardship*.

O artigo 6.2.2 introduz a condição geral para a ocorrência de *hardship* para os Princípios do Unidroit, introduzindo, também, os fatores suplementares que precisam coexistir com o ônus para torná-lo legalmente relevante.

#### ARTIGO 6.2.2

(Definição de *hardship*)

Há *hardship* 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

- (a) os fatos ocorrem ou se tornam conhecidos da parte em desvantagem após a formação do contrato;
- (b) os fatos não poderiam ter sido razoavelmente levados em conta pela parte 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.

O caput do dispositivo estabelece que “há *hardship* quando sobrevêm fatos que alteram fundamentalmente o equilíbrio do contrato”. Em que pese a redação do art. 6.2.2 não ter sido alterada ao longo das quatro edições dos Princípios do Unidroit (1994, 2004, 2010 e 2016), os comentários que acompanham o artigo mudaram sua interpretação ao longo dos anos a respeito do que seria a alteração fundamental referenciada no caput. Em sua primeira versão, os Princípios explicavam que “*an alteration amounting to 50% or more of the cost or the value of the performance is likely to involve a 'fundamental' alteration" justifying invocation of the doctrine.*”<sup>47</sup>. Nas versões subsequentes, este trecho foi substituído para se explicar que “[w]hether an alteration is “fundamental” in a given case will of course depend upon the

---

<sup>47</sup> “uma alteração no valor de 50% ou mais do custo ou do valor da execução provavelmente envolverá uma alteração 'fundamental' "justificando a invocação da doutrina (tradução livre)”

*circumstances*”<sup>48</sup>. Nessa linha, o parâmetro para a existência de *hardship* não é mais feita com base num patamar objetivo e pré-determinado, mas leva-se em consideração as circunstâncias do caso concreto, de modo que é possível que em um determinado caso 30% na alteração dos custos seja considerado como uma alteração fundamental, mas em outro contrato, uma alteração de 60% não o seja.

O subparágrafo (a) presta-se a esclarecer que se uma parte tivesse conhecimento de um acontecimento que desequilibraria a execução do contrato, esta parte teria tido a oportunidade de tomá-los em consideração naquele momento da celebração do contrato, de modo que, se o contrato foi celebrado independentemente da alteração de circunstâncias, a parte assumiu os riscos e não pode buscar alívio na existência de *hardship*. Em relação ao subparágrafo (b), há de se entender que praticamente todos os eventos que podem desequilibrar a execução do contrato são, em certa medida, previsíveis, contudo, a questão é se o evento seria tão improvável que partes razoáveis não providenciem para isso<sup>49</sup>.

Os Princípios do Unidroit não oferecem maiores explicações sobre o que consistiria um evento além do controle da parte em desvantagem para efeitos do subparágrafo (c). Outrossim, é escassa na jurisprudência a aplicação do dispositivo. A base de dados da Unilex só reporta a existência de três casos lidando com o art. 6.2.2(c), dos quais o inteiro teor da decisão só está disponível em um deles. O caso em questão é uma arbitragem de investimento de 2011 entre a Argentina e a companhia El Paso Energy<sup>50</sup>, na qual o tribunal apontou que “*exemption from liability for non-performance or other forms of relief are therefore excluded under the UNIDROIT Principles if the Party claiming it was “in control” of the situation*”<sup>51</sup>.

O Professor Joseph Perillo da Universidade de Fordham buscou ilustrar a aplicação do subparágrafo (c) a partir de uma hipótese na qual a esfera de controle é formulada a partir das ações que poderiam ter sido tomadas pela parte para evitar a situação:

---

<sup>48</sup> “Se uma alteração é “fundamental” em um determinado caso dependerá, é claro, das circunstâncias.”

<sup>49</sup> PERILLO, Joseph M. *Op Cit.* p.23

<sup>50</sup> Centro Internacional para a Arbitragem de Disputas sobre Investimentos (ICSID), Sentença Arbitral, Caso nº ARB/03/15, El Paso Energy International Company v. República Argentina. Tribunal Arbitral: Tribunal Arbitral: Prof. Lucius Cafilisch, Prof. Piero Bernardini e Prof. Brigitte Stern, 31 de outubro de 2011. Disponível em <https://www.italaw.com/cases/382> (Acesso em 14/04/2021)

<sup>51</sup> “A isenção de responsabilidade por inadimplemento ou outras formas de alívio são, portanto, excluídas nos Princípios UNIDROIT se a Parte alegar que estava “no controle” da situação (tradução livre)”

*“A middleman contracts to deliver goods in the future that he does not have and has no contract with a supplier for the acquisition of them. He could immediately contract for the goods from a manufacturer at a price that would make the resale profitable. Instead, speculating that the manufacturer will lower its price, the middleman takes no action to secure the goods. Because of changing market conditions, the manufacturer raise its prices dramatically. The middleman can only fulfill its contract at a considerable loss. Hardship cannot be invoked, because the reseller could have avoided the loss by promptly entering into a contract with the manufacturer.”<sup>52</sup>*

Por fim, o subparágrafo (d) estabelece que “o risco pela superveniência dos fatos não foi assumido pela parte em desvantagem”. Em relação a este dispositivo, é importante que se reconheça que a expressão “assumido” engloba não só as hipóteses nas quais a alocação de risco foi expressamente endereçada no contrato, mas também hipóteses envolvendo a própria natureza da relação contratual. Por exemplo, a Suprema Corte da Lituânia, em um caso no qual o art. 6.2.2(d) foi utilizado para suplementar o direito nacional, concluiu que em um contrato para a compra de ações, o comprador assume os riscos de que os títulos se desvalorizassem<sup>53</sup>. No mesmo sentido, num contrato de seguro, a seguradora não poderá se valer da doutrina de *hardship* para se desobrigar de cobrir os custos decorrentes do sinistro<sup>54</sup>.

Ainda que não expreso no texto do artigo, os comentários ao art. 6.2.2 também esclarecem que: *hardship* só é relevante em relação às obrigações a serem performadas após a ocorrência do evento; que *hardship* é normalmente relevante em contratos de longa duração, ainda que não se exclua a aplicação do artigo para outros tipos de contrato e que há casos concretos que podem se qualificar tanto como *hardship* quanto como força maior (art. 7.1.7) e que a escolha de qual artigo será invocado dependeria do que a parte prejudicada busca.

---

<sup>52</sup> PERILLO, Joseph M. *Op Cit.* p.24. “Um intermediário celebra um contrato para a entrega de mercadorias no futuro, apesar de que não as possui e não ter contrato com um fornecedor para a aquisição. Ele poderia imediatamente contratar os produtos de um fabricante a um preço que tornaria a revenda lucrativa. Em vez disso, especulando que o fabricante irá reduzir seu preço, o intermediário não toma nenhuma providência para garantir a mercadoria. Por causa das mudanças nas condições de mercado, o fabricante aumenta seus preços drasticamente. O intermediário só pode cumprir seu contrato com uma perda considerável. Hardship não pode ser invocada, já que o revendedor poderia ter evitado a perda entrando prontamente em um contrato com o fabricante”

<sup>53</sup> Lituânia, Suprema Corte, Caso nº 3k-3-612, G.Brencius v. “Ukio investicine grupe”, Relatora Juíza Teodora Staugaitiene, 19 de maio de 2003. Disponível em: <http://www.unilex.info/principles/case/1183> (Acesso em 14/04/2021)

<sup>54</sup> PERILLO, Joseph M. *Op Cit.* p.24

Identificado um evento que alterou fundamentalmente o equilíbrio contratual nos termos do art. 6.2.2, deve-se, então, observar-se o art. 6.2.3 para que se identifiquem as consequências de tal evento.

### ARTIGO 6.2.3

#### (Efeitos da hardship)

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

O parágrafo (1) estabelece o direito da parte prejudicada de requerer negociações como sendo o remédio primário em caso de *hardship*. Quando a parte prejudicada notifica a outra da ocorrência de um evento que teria alterado fundamentalmente o equilíbrio contratual, a outra parte é obrigada a negociar de boa fé para adaptar o contrato. A parte que negociar ou interromper as negociações de má-fé é responsável pelos prejuízos causados à outra parte<sup>55</sup>. Contudo, é importante ressaltar que, nos termos do parágrafo (3), a obrigação de renegociar é uma obrigação de meio e não de resultado<sup>56</sup>, sendo perfeitamente possível que partes negociando de boa-fé não alcancem termos satisfatórios.

O parágrafo (2) reitera o disposto no art. 6.2.1 de que *hardship* não justifica a inexecução do contrato, que deve ser executado enquanto às partes renegociam salvo se estas acordarem em suspender a sua execução.

Por fim, o parágrafo (4) estabelece as consequências caso as negociações mostrem-se infrutíferas, definindo que, as cortes tem o poder de extinguir o contrato ou adaptar os termos contratuais de modo à restaurar-lhes o equilíbrio. Ainda que não seja de fato aplicado, a

---

<sup>55</sup> Ibid. p. 25

<sup>56</sup> DOUDKO, Alexei G. DOUDKO, Alexei G. Hardship in Contract: The Approach of the UNIDROIT Principles and Legal Developments in Russia. **Uniform Law Review**. Vol. 5(3), p. 483-509, 2000. p. 502

existência do parágrafo (4) coloca a parte prejudicada em uma posição muito melhor nas renegociações, fortalecendo o caráter construtivo do processo de renegociação<sup>57</sup>.

A opção entre a extinção ou a adaptação do contrato depende de qual solução entenda-se mais adequada ao caso em concreto, de modo que o julgador tem bastante flexibilidade na escolha do remédio<sup>58</sup>. Ressalta-se, também, que a adaptação do contrato não se limita ao reajuste do valor das obrigações, mas pode incluir, por exemplo, a alteração do local em que a obrigação deve ser cumprida<sup>59</sup> ou qualquer outra modificação que seja adequada para restaurar o equilíbrio contratual.

---

<sup>57</sup> Ibid, p. 503

<sup>58</sup> GAMA Jr. Lauro, *Op. Cit.* p. 365

<sup>59</sup> PERILLO, Joseph M. *Op Cit.* p.26



## 2 *Hardship* na CISG

A Convenção de Viena das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias de 1980 (CISG, na sigla em inglês) não possui nenhum artigo endereçando diretamente questões de *hardship* e a expressão sequer aparece no texto da Convenção. Contudo, nas últimas décadas se desenvolveu um intenso debate sobre se o art. 79 da CISG, que lida com a questão de exclusão de responsabilidade em caso de inadimplemento obrigacional, também poderia abranger cenários de *hardship*. As opiniões acadêmicas e as posições das cortes são bastante divididas sobre a possibilidade de se caracterizar casos de excessiva onerosidade na execução contratual como hipóteses de exoneração nos termos do art. 79.

Desse modo, antes de adentrarmos nas diversas teorias, é necessário que façamos uma breve contextualização sobre o que dispõe o art. 79(1) de modo que melhor se compreendam as teorias postas adiante. Assim, segue a redação do art. 79(1):

### Article 79

(1) A party is not liable for a failure to perform any of its 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.<sup>60</sup>

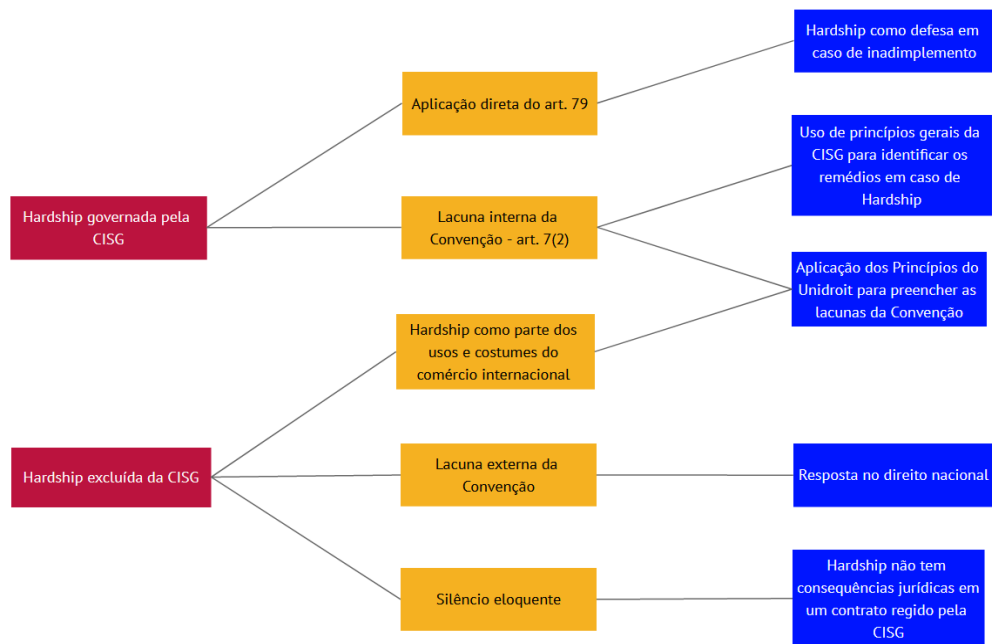
O art. 79 isenta a parte que deixou de cumprir alguma obrigação contratual de indenizar a parte contrária por perdas e danos se for cumulativamente demonstrado que: (1) a razão do inadimplemento é um impedimento além do seu controle; (2) que este impedimento não poderia ter sido razoavelmente antecipado no momento que o contrato foi concluído e (3) que este impedimento, ou suas consequências, não pudessem ser evitadas ou superadas.

---

<sup>60</sup> Por ser um tratado internacional, sua interpretação deve ser feita segundo a língua oficial, no caso da CISG há seis línguas oficiais (Árabe, chinês, espanhol, francês, inglês e russo), não existindo hierarquia entre elas, razão pela qual não se apresentou o texto em português. Aqui optou-se pela versão em inglês da CISG, por esta ser a língua franca do comércio internacional e pela abundância de artigos e comentários feitos em língua inglesa. De todo modo, segue a redação do dispositivo nos termos do Decreto nº8.327/14 que incorporou a convenção ao ordenamento pátrio: Artigo 79 (1) “*Nenhuma das partes será responsável pelo inadimplemento de qualquer de suas obrigações se provar que tal inadimplemento foi devido a motivo alheio à sua vontade, que não era razoável esperar fosse levado em consideração no momento da conclusão do contrato, ou que fosse evitado ou superado, ou ainda, que fossem evitadas ou superadas suas consequências*”.

As regras contidas no art. 79 são praticamente idênticas as dadas pelo art. 7.1.7(1) dos Princípios do Unidroit para um evento de força maior<sup>61</sup>. As únicas diferenças são de natureza linguística não substancial, como o uso da expressão “*non-performance*” em vez de “*failure to perform*” e o uso do pronome possessivo de gênero neutro “*it*” ao invés de “*he*”. Com efeito, apesar da CISG, intencionalmente, não utilizar a expressão “força maior”, ou qualquer outra equivalente encontrada no direito nacional<sup>62</sup>, o artigo foi definitivamente estruturado como uma regra lidando com impossibilidade de performance do contrato<sup>63</sup>.

Contudo, como a Convenção não exclui expressamente o conceito de *hardship*, surgiram diversas teorias sobre se, e como, o conceito deveria ser lido dentro da CISG. Deste modo, no presente capítulo nos dedicaremos a explorar as muitas possíveis soluções para o problema. O fluxograma abaixo presta-se a ilustrar as principais soluções que serão abordadas e pode ser usado como guia para a estrutura argumentativa utilizada ao longo capítulo.



<sup>61</sup> Art. 7.1.7(1) “Non-performance by a party is excused if that party proves that the nonperformance was due to an impediment beyond its control and that it 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 / 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.”

<sup>62</sup>ZELLER, Bruno. Article 79 Revisited. **Vindobona Journal of International Commercial Law and Arbitration**, Vol. 14, p. 151-164, 2010, p.153; KESSEDJIAN, Catherine. Competing approaches to force majeure and hardship. **International Review of Law and Economics**, Vol. 25(3), p. 415-433, 2005, p. 416.

<sup>63</sup> TALLON, Dennis. Art. 79. In BIANCA, Massimo; BONELL, Michael Joachim. **Commentary on the International Sales Law**. 1. ed. Milão: Giuffrè Editore, 1987. §2.6, p. 577

Dentre as soluções que vamos explorar nesse capítulo, podemos dividi-las em dois grandes grupos (1) as que excluem o conceito de *hardship* da CISG e (2). as que entendem que *hardship* é uma matéria governada pela Convenção.

## 2.1 Soluções que excluem o conceito de *hardship* da CISG

O presente subcapítulo dedica-se a apresentar as principais soluções que entendem que *hardship* não é uma matéria governada pela Convenção. As principais teses que podem ser aqui agrupadas são: (1) a teoria do silêncio eloquente da CISG ao tratar de *hardship*; (2) a teoria de *hardship* seria uma lacuna externa da Convenção e (3) a posição de que o conceito de *hardship* deve ser incorporado à CISG como uma prática do comércio internacional.

### 2.1.1 O silêncio da CISG sobre *hardship* sendo interpretado de modo eloquente

A primeira solução que iremos explorar é que o silêncio da CISG sobre o tema deve ser interpretado de modo eloquente, de modo que a ocorrência de um evento que altera fundamentalmente o equilíbrio contratual não teria consequências jurídicas nos contratos governados pela CISG. Desse modo, apenas em eventos de verdadeira impossibilidade a parte inadimplente estaria verdadeiramente isenta de responsabilização. Essa posição parte do pressuposto de que a CISG regula exhaustivamente as isenções disponíveis e que *hardship* não é uma delas.

Essa posição foi a mais adotada na jurisprudência<sup>64</sup>. Por exemplo, cabe apontar o caso *Vital Berry Marketing NV v. Dira-Frost NV*, no qual uma Corte Distrital belga entendeu que a queda significativa no preço de mercado dos bens adquiridos após a conclusão do contrato não constituiu um caso de força maior isentando o comprador por inadimplemento nos termos do art. 79 da CISG<sup>65</sup>. No mesmo sentido, também cabe mencionar o *Iron Molybdenum Case*, no

---

<sup>64</sup> Contudo, é importante ressaltar que não há registro de muitos casos aplicando a CISG em situações de desequilíbrio contratual superveniente. De todo modo, dentre os casos que adotaram a posição que apenas em caso de impossibilidade de fato, a parte inadimplente estaria isenta de responsabilização destaca-se: Grécia, Corte de Apelação de Lâmia, Caso n° 63/2006, 2006, disponível em: <https://iicl.law.pace.edu/cisg/case/greece-2006-efetio-court-appeals> (Acesso em: 19/04/2021); Letônia, Corte Distrital de Valmiera, Caso n° C390870050091/06, 16 de agosto de 2006, disponível em: <http://www.cisgnordic.net/060816LV.shtml> (Acesso em: 19/04/2021); Itália, Corte Distrital de Monza, Caso n° R.G. 4267/88, Nuova Fucinati S.p.A. v. Fondmetall International A.B., 14 de janeiro de 1993, disponível em: <https://iicl.law.pace.edu/cisg/case/italy-january-14-1993-tribunale-district-court-nuova-fucinati-spa-v-fondmetall> (Acesso em 21/04/2021)

<sup>65</sup> Bélgica, Corte Distrital de Hasselt, Caso n° A.R. 1849/94, 4205/94, Juízes C. Beerten (Presidente), H. Leroi, P. Baert, 2 de maio de 1995, disponível em: <http://www.unilex.info/cisg/case/263> (Acesso em: 19/04/2021)

qual se rejeitou um pedido de isenção de responsabilidade com base no art. 79 com fundamento de que a performance do contrato ainda era tecnicamente possível<sup>66</sup>.

Entre os argumentos mais frequentemente utilizados pelos autores que rejeitam a possibilidade de a CISG governar questões de *hardship*, está a análise da história legislativa do artigo 79. Segundo alguns autores, algumas passagens dos *travaux préparatoires* indicam que a escolha do termo “*impediment*” foi feita de modo a não abarcar as teorias baseadas em mudanças de circunstâncias<sup>67</sup>. Com efeito, o Grupo de Trabalho da UNCITRAL rejeitou a proposta de permitir à parte pleitear rescisão ou reequilíbrio do contrato em face de danos excessivos e imprevisíveis<sup>68</sup>.

Na mesma linha, frequentemente se menciona a rejeição de uma proposta feita pela delegação norueguesa, de incluir previsão adicional no sentido de que impedimentos temporários pudessem se tornar impedimentos definitivos, no caso em que, após o encerramento da situação de impedimento, as circunstâncias tenham se modificado de tal maneira que o cumprimento da obrigação tornar-se-ia manifestamente injustificável<sup>69</sup>. Dentre as justificativas para a sua rejeição estaria o argumento da delegação francesa que “*In the Norwegian proposal, the impediment which made performance impossible was something very*

---

<sup>66</sup> Alemanha, Corte de Apelação de Hamburgo, Caso nº 1 U 167/95, 28 de fevereiro de 1997, disponível em: <https://iicl.law.pace.edu/cisg/case/germany-february-28-1997-oberlandesgericht-court-appeal-german-case-citations-do-not> (Acesso em: 19/04/2021)

<sup>67</sup> AKSOY, Hüseyin Can. **Impossibility in Modern Private Law: A Comparative Study of German, Swiss and Turkish Laws and the Unification Instruments of Private Law**. 1. ed. Cham: Springer, 2014, p. 110-111; KUSTER, David; ANDERSEN, Camilla Baasch. Hardly Room for Hardship - A Functional Review of Article 79 of the CISG. **Journal of Law & Commerce**. Vol. 35(1), p.1-20, 2016. p. 5; AUDIT, Bernard, **La Vente Internationale de Marchandises. Convention des Nations Unies du 11 avril 1980**. 1. ed. Paris: LGDJ, 1990, p. 174-175; NICHOLAS, Barry. Impracticability and Impossibility in the U.N. Convention on Contracts for the International Sale of Goods. In GALSTON, Nina M.; SMIT, Hans (eds.). **International Sales: The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods**. 1. ed. Nova York: Bender, 1984, §5.03, p.5.17; FLAMBOURAS, Dionysios. The Doctrines of Impossibility of Performance and Clausula Rebus SIC Stantibus in the 1980 Convention on Contracts for the International Sale of Goods and the Principles of European Contract Law - A Comparative Analysis. **Pace International Law Review**, Vol 13(2), p.261-293, 2001, p. 278.

<sup>68</sup> HONNOLD, John O. **Documentary History of the Uniform Law for International Sales: The Studies, Deliberations and Decisions That Led to the 1980 United Nations Convention with Introductions and Explanations**. 1.ed. Deventer: Kluwer law and taxation, 1989. p. 350.

<sup>69</sup>Proposta de Emenda da Delegação Norueguesa (A/CONF.97/C.1/L.191/Rev.1), Conferência das Nações Unidas sobre a Compra e Venda Internacional de Mercadorias, 10 de Março a 11 de Abril de 1980, Nova York, disponível em [https://iicl.law.pace.edu/sites/default/files/cisg\\_files/Meeting27.html](https://iicl.law.pace.edu/sites/default/files/cisg_files/Meeting27.html) (acesso em 19/04/2021)

*different from force majeure and much closer to the théorie de l'imprévision in French law or the doctrine of frustration in Anglo-Saxon law*<sup>70</sup>.

Somar-se-ia à esta posição, a opinião exarada no *Commentary on the Draft Convention on Contracts for the International Sale of Goods* feito pelo Secretariado da UNCITRAL com base na minuta da Convenção. Segundo o qual a Convenção não isentaria o vendedor da obrigação de entregar a mercadoria por conta de uma mudança de circunstâncias:

*“Neither article 65 [a versão preliminar do artigo 79 da CISG] nor any other provision of this Convention would release the seller from the obligation to deliver the goods on the grounds that there had been such a major change in the circumstances that the contract was no longer that originally agreed upon. The parties could, of course, include such a provision in their contract.”*<sup>71</sup>

Nesse sentido, o professor Hüseyin Can Aksoy opina que:

*“The historical background of Article 79 also shows that change of economic circumstances does not exempt the promisor from liability under Article 79. While narrowing the scope of Article 79 in comparison with Article 74 of ULIS, the UNCITRAL Working Group intended to prevent the promisor from escaping to fulfill his obligations based on claims of economic difficulty. [...]. If it is accepted that the debtor may rely on Article 79 in case of hardship, this would over-protect the debtor. Moreover, when historical background and Secretariat Commentary on Article 79 is taken into consideration, it is clear that the provision does not cover cases of hardship”*<sup>72</sup>

---

<sup>70</sup> “Na proposta norueguesa, o impedimento que tornava o desempenho impossível era algo muito diferente de força maior e muito mais próximo da théorie de l'imprévision no direito francês ou da doutrina da frustração no direito anglo-saxão (tradução livre)”

<sup>71</sup> Secretariat Commentary, Guide to the CISG Article 79, 1978. Disponível em: <https://iicl.law.pace.edu/cisg/page/article-79-secretariat-commentary-closest-counterpart-official-commentary> (Acesso em 19/04/2021). “Nem o artigo 65 [a versão preliminar do artigo 79 da CISG] nem qualquer outro artigo desta Convenção isentaria o vendedor da obrigação de entregar a mercadoria, por ter havido uma mudança tão importante nas circunstâncias que o contrato não era mais do que o originalmente acordado. As partes podem, é claro, incluir tal disposição em seu contrato (tradução livre)”

<sup>72</sup> AKSOY, Hüseyin Can. *Op. Cit.*, p. 110-111. “O contexto histórico do Artigo 79 também demonstra que a mudança nas circunstâncias econômicas não isenta o promitente de responsabilidade nos termos do Artigo 79. Ao

Contudo, o argumento histórico, por si só, não parece ser conclusivo em relação à exclusão de *hardship* da CISG. Em relação à proposta norueguesa, a rejeição de uma proposta cujo teor sequer aborda a questão diretamente, não pode servir de base para que construa um argumento da intenção do legislador. Fato é, que, com exceção da ressalva feita pela delegação francesa, não há indícios mais concretos nos *travaux préparatoires* que demonstrem as razões pelas quais a proposta norueguesa teria sido rejeitada. Ademais, sobre a interpretação histórica da CISG, cabe chamar atenção para o comentário da professor Maria del Pilar Perales Viscasillas a respeito dessa questão:

*“However, too much emphasis on the legislative history of the Convention should be avoided. First, a dynamic and progressive approach to the interpretation of the Convention should also be taken into consideration, particularly catering to developments of international trade law (case law, new international uniform instruments, development of practices and usages, scholarly writing, new interpretative methods, comparative law, and evolution of legal thinking). Second, the analysis of the legislative history itself may be unclear or contentious and thus several readers analysing the same legislative history might arrive to different results. Thirdly, also in regard to the Secretariat Commentary, certain reservations should be made: it is not an official commentary on the CISG and thus countries used to this system – i.e common law systems – should not consider it as such; even if considered similar or functionally equivalent to an official commentary, sometimes the statements of the Secretariat Commentary are influenced by the legal framework of its drafters or even assume a position that was not finally reflected in the provision.”<sup>73</sup>*

---

estreitar o escopo do Artigo 79 em comparação com o Artigo 74 da ULIS, o Grupo de Trabalho da UNCITRAL pretendia evitar que o promitente escapasse de cumprir suas obrigações com base em alegações de dificuldades econômicas. [...]. Se for aceito que o devedor pode invocar o Artigo 79 em caso de *hardship*, isso protegeria excessivamente o devedor. Além disso, quando os antecedentes históricos e o Comentário do Secretariado sobre o Artigo 79 são levados em consideração, fica claro que o artigo não cobre casos de *hardship*. (tradução livre)”

<sup>73</sup> VISCASILLAS, Maria del Pilar Perales. Art. 7. In KRÖLL, Stefan; MISTELIS, Loukas; VISCASILLAS, Maria del Pilar Perales. **UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods: A Commentary**. 2. ed. Munique; C.H Beck, 2018, §40 p. 128-129. “No entanto, deve-se evitar muita ênfase na história legislativa da Convenção. Em primeiro lugar, uma abordagem dinâmica e progressiva da interpretação da Convenção também deve ser levada em consideração, especialmente atendendo aos desenvolvimentos do Direito do Comércio Internacional (jurisprudência, novos instrumentos uniformes internacionais, desenvolvimento de práticas e usos, escritos acadêmicos, novos métodos interpretativos, direito comparado e evolução do pensamento jurídico). Em

Dentre os que defendem essa posição, mais interessantes são os quatro argumentos propostos pelo professor Markus Petsche. Ao invés de tentar extrair uma intenção dos redatores da Convenção, o autor foca sua argumentação na interpretação de diversos elementos textuais contidos no art. 79.

O primeiro dos argumentos sugeridos pelo autor é o que, conforme mencionado acima, os Princípios do Unidroit adotam uma regra substancialmente idêntica ao art. 79 da CISG para definir força maior e que não faria sentido que se lesse dentro do art. 79 uma regra similar ao art. 6.2.2 do Princípios.<sup>74</sup> Nesse sentido o autor aponta que “[t]he fact that one and the same rule is referred to as a force majeure norm under the Principles and as a broader exemption rule under the CISG suggests that Art. 79 may in fact be nothing else (or more) than a traditional force majeure rule”. Em que pese o raciocínio certo, que de fato demonstra a clara impossibilidade de se equacionar o art. 79 aos artigos dos Princípios do Unidroit sobre *hardship*, há de se apontar que os próprios Princípios do Unidroit reconhecem, tanto nos comentários ao art. 6.2.2 como nos comentários ao art. 7.1.7, que há casos concretos que podem se qualificar tanto como *hardship* quanto como força maior.

Já o segundo argumento é que o significado da expressão “*impediment*” só contemplaria eventos que equivalem a uma impossibilidade real de cumprir o contrato. Para tanto, o autor se apoia na definição contida no Dicionário de Oxford, segundo o qual um “*impediment*” seria “*hindrance or obstruction in doing something*”<sup>75</sup>, o autor então aponta que tanto o termo “*hindrance*” quanto a expressão “*obstruction*” sugerem a presença de um obstáculo que afeta a capacidade ou possibilidade de alguém fazer algo<sup>76</sup>. Contudo, o argumento não nos parece conclusivo, afinal, o verbo “*to hinder*”, que dá origem ao substantivo

---

segundo lugar, a análise da própria história legislativa pode ser confusa ou controversa e, portanto, vários leitores que analisam a mesma história legislativa podem chegar a conclusões diferentes. Em terceiro lugar, também em relação ao Comentário do Secretariado, certas reservas devem ser feitas: não é um comentário oficial sobre a CISG e, portanto, os países acostumados com este sistema - ou seja, sistemas de *common law* - não devem considerá-lo como tal; e mesmo se considerado semelhante ou funcionalmente equivalente a um comentário oficial, às vezes as declarações do Comentário do Secretariado são influenciadas pela tradição jurídica de seus redatores ou mesmo assumem uma posição que não foi finalmente refletida na Convenção (tradução livre)”

<sup>74</sup> PETSCHÉ, Markus. *Hardship Under the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*. **Vindobona Journal of International Commercial Law and Arbitration**, Vol. 19, p. 147-170, 2015. p. 156

<sup>75</sup> Disponível em: <https://www.lexico.com/definition/impediment> (Acesso em 20/04/2021)

<sup>76</sup> PETSCHÉ, Markus, *Op. Cit.* p. 157

“*hindrance*” é definido neste mesmo dicionário apenas como algo que “*Make it difficult for (someone) to do something or for (something) to happen*”<sup>77</sup>.

O terceiro argumento, envolve o significado da expressão “não era razoável esperar [...] que [o impedimento] fosse evitado ou superado” contida na redação do art. 79 da CISG. Segundo o autor redação particular sugere claramente que o art. 79 CISG apenas contempla situações em que o evento invocado tornou o desempenho impossível, pois em situações de *hardship*, o uso dos verbos evitar (*avoid*) ou superar (*overcome*), não seria apropriado se falar em algo que não pode ser evitado ou superado, quando ainda existe a possibilidade de cumprimento da obrigação<sup>78</sup>.

A conclusão do autor, contudo, parece ser inadequada. Com efeito a mesma expressão contida na CISG é utilizada na Cláusula Modelo de Hardship da ICC<sup>79</sup>, de modo que simplesmente não se verifica a suposta incompatibilidade do instituto com o uso dos verbos evitar e superar na redação do art. 79. Muito pelo contrário, ao trazer um critério de razoabilidade, a Convenção dá o seu mais forte indício textual de que cobriria cenários para além de impossibilidade de fato. Existe uma clara diferença entre um evento insuperável e um evento que não é razoavelmente esperado que parte supere, e é exatamente nessa diferença que se poderia requerer isenção de responsabilidade com base num impedimento que, embora possível de ser superado, geraria um ônus tão elevado que não se poderia exigir que a parte o fizesse.

Por fim, o quarto, e último, argumento é que um dos requisitos para isenção nos termos do art. 79 é que o inadimplemento seja devido à um impedimento (*due to an impediment*) e que, por conseguinte, haveria de existir um nexo causal exclusivo entre o impedimento e o inadimplemento. Segundo o autor, em um caso de *hardship*, como a performance do contrato ainda é possível, o não cumprimento obrigacional não seria devido exclusivamente ao suposto impedimento, mas devido a uma escolha consciente da parte inadimplente de não cumprir a obrigação<sup>80</sup>.

---

<sup>77</sup> Disponível em: <https://www.lexico.com/definition/hinder> (Acesso em 20/04/2021)

<sup>78</sup> PETSCHKE, Markus, *Op. Cit.* p. 158.

<sup>79</sup> “(2). Notwithstanding paragraph 1 of this Clause, where a party to a contract proves that: [...] b) **it could not reasonably have avoided or overcome the event or its consequences**” Disponível em <https://iccwbo.org/publication/icc-force-majeure-and-hardship-clauses/> (Acesso em 20/04/2020)

<sup>80</sup> PETSCHKE, Markus, *Op. Cit.* p. 157



Há de se reconhecer que o argumento é engenhoso, mas nos parece que o autor estendeu o requisito da Convenção para além do que seria desejável. Embora não haja qualquer dúvida sobre a necessidade que exista umnexo causal entre o impedimento e o inadimplemento<sup>81</sup>, a CISG não endereça diretamente diferentes níveis de nexocausal e a jurisprudência não nos oferece qualquer resposta nesse ponto. A solução mais adequada parece ser a posição proposta pelo professor Yasutoshi Ishida que “*a quest for an appropriate level of nexus is unnecessary, because whatever the level may be, the exhaustive modifiers of “an impediment” enumerated in Article 79(1) will adequately tailor qualified impediments in terms of causal relationship*”<sup>82</sup>.

Portanto, a resposta para a questão levantada por Petsche não depende da análise sobre se a atuação consciente da parte inadimplente concorre ou não para o seu inadimplemento. Na verdade, para que se entenda se há ou não nexocausal entre o inadimplemento e a situação de *hardship*, o que se deve analisar é se o evento de *hardship* foi de tal gravidade a ponto de, por si só, justificar que a parte que o alega não seja razoavelmente capaz de superá-lo.

### 2.1.2 *Hardship* como uma lacuna externa da Convenção

Uma lacuna externa na CISG é uma matéria não governada pela Convenção cuja solução há de ser encontrada pela aplicação do direito doméstico conforme determinado pelas regras de direito Internacional Privado<sup>83</sup>.

O art. 4 da CISG estabelece a regra geral a respeito das matérias governadas pela Convenção estabelecendo que “Esta Convenção regula apenas a formação do contrato de compra e venda e os direitos e obrigações do vendedor e comprador dele emergentes. Salvo disposição expressa em contrário da presente Convenção” e que, especialmente, a CISG não

---

<sup>81</sup> ATAMER, Yesim, Art. 79. In KRÖLL, Stefan; MISTELIS, Loukas; VISCASILLAS, Maria del Pilar Perales. **UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods: A Commentary**. 2. ed. Munique; C.H Beck, 2018, §58 p. 1061-1062; TALLON, Dennis. *Op. Cit.* §2.6.6, p. 582; Estados Unidos, Corte Distrital do Distrito Sul de Nova York, Macromex Srl. V. Globex International Inc., Caso nº 08 Civ. 114 (SAS), 16 de abril de 2008, disponível em: <https://iicl.law.pace.edu/cisg/case/united-states-state-minnesota-county-hennepin-district-court-fourth-judicial-district-14> (Acesso em: 20/04/2020);

<sup>82</sup> ISHIDA, Yasutoshi. CISG Article 79: Exemption of Performance, and Adaptation of CISG Article 79: Exemption of Performance, and Adaptation of Contract Through Interpretation of Reasonableness? Full of Sound and Fury, but Signifying Something. **Pace International Law Review**, Vol. 30(2), p.331-382, 2018. p. 357. “uma busca por um nível apropriado de nexocausal é desnecessária, porque qualquer que seja o nível, os requisitos exaustivos para “um impedimento” enumerados no Artigo 79 (1) irão ajustar adequadamente os impedimentos qualificados em termos de relação causal (tradução livre)”

<sup>83</sup> GABRIEL, Henry. The Mislplaced Reliance on Default Rules in International Sales Contracts. **Journal of Law & Commerce**, Vol. 38, p. 333-358, 2020, p. 335

governa questões de validade e nem os efeitos que o contrato possa ter sobre a propriedade das mercadorias vendidas. Adicionalmente, outras limitações sobre matérias não governadas pela Convenção podem ser encontradas nos arts. 2, 3 e 5, que estabelecem que a CISG não se aplica a contratos de compra e venda de certos tipos de bens e nem a alguns contratos com obrigações mistas e que não governa responsabilidade civil extracontratual, respectivamente.

Embora a possibilidade da questão de *hardship* ser resolvida pelo direito nacional ser frequentemente discutida, trata-se de hipótese quase que universalmente rejeitada pela doutrina<sup>84</sup>. Com efeito, resolver a questão dessa forma minaria os esforços da CISG de promover harmonização e uniformidade. Sobretudo, o aumento excessivo e inesperado dos custos da performance de um contrato parece ser, em princípio, uma questão expressamente governada pela CISG nos termos do art. 4, pois envolve os direitos e obrigações decorrentes de um contrato de compra e venda.

Contudo, breve consideração deve ser dada ao fato de que a CISG, como regra geral, não governa questões de validade. Em alguns sistemas jurídicos, em particular em alguns países escandinavos, a alteração de circunstâncias é tida como uma questão de validade<sup>85</sup>. Essa, contudo, não parece ser a posição da maioria dos sistemas jurídicos estudados ao longo dessa pesquisa<sup>86</sup>. Com efeito, uma questão de validade geralmente pode ser distinguida de uma questão de exoneração de responsabilidade com base em que a validade está preocupada com o equilíbrio entre as partes no processo de formação do contrato, enquanto a exoneração está preocupada com os problemas que surgem quando ocorre um evento superveniente à celebração do negócio jurídico<sup>87</sup>.

---

<sup>84</sup> E.g. KEPLAC, Lovro. **The Availability of a Hardship Defense under the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)**. Dissertação (mestrado em International Business Transactions) - Central European University. Budapeste, 2017, p. 43-44; GARRO, Alejandro M. Art. 79 CISG-UP. in FELEMEGAS, Jonh (ed.). **An International Approach to the Interpretation of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980) as Uniform Sales Law**. 1. ed. Nova York: Cambridge University Press, 2007, p. 244; LINDSTRÖM, Niklas. Changed Circumstances and Hardship in the International Sale of Goods. **Nordic Journal of Commercial Law**, Vol. 1 de 2006, p. 2-29, 2006, p. 24

<sup>85</sup> LOOKOFSKY, Joseph. The Limits of Commercial Contract Freedom Under the UNIDROIT 'Restatement' and Danish Law. **American Journal of Comparative Law**, Vol. 46(3), p. 485-508, 1998, p. 496; CARLSEN, Anja. **Can the Hardship Provisions in the UNIDROIT Principles Be Applied when the CISG is the Governing Law?**. Pace Essay Submission, junho de 1998; **Parecer nº 7do CISG-AC sobre Exoneração de Responsabilidade por Perdas e Danos Conforme o artigo 79 da CISG**. Relator: Prof. Alejandro M. Garro, Columbia University School of Law, Nova Iorque, N. Y.EUA. Adotada pelo CISG-AC na sua 11ª reunião realizada em Wuhan, República Popular da China, em 12 de outubro de 2007, §36.

<sup>86</sup> *See supra* fn. @

<sup>87</sup> WEITZMANN, Todd. Validity and Excuse in the U.N. Sales Convention. **Journal of Law & Commerce**, Vol. 16, p. 265-290, 1997, p. 273.

Dentre todas as soluções possíveis, esta parece ser a dogmaticamente menos adequada e a que menos atende os propósitos da Convenção.

### **2.1.3 *Hardship* como uma questão a ser resolvida como parte das práticas do comércio internacional**

Como demonstrado em maiores detalhes no Capítulo I, há uma quantidade não desprezível de decisões judiciais e arbitrais que consideram os Princípios do Unidroit, inclusive seus artigos sobre *hardship*, como refletindo os usos e costumes do comércio internacional ou como parte integrante da *lex mercatoria*. Inclusive, em uma publicação conjunta da UNCITRAL, do Unidroit e da HCCH, três das principais organizações internacionais para a uniformização do direito privado, datada de abril de 2021, os Princípios do Unidroit foram apontados como a melhor manifestação disponível e mais acessível das regras não escritas do comércio internacional<sup>88</sup>.

Partindo dessa premissa, alguns autores tem sugerido que a solução para a questão de *hardship* na CISG é a aplicação dos artigos 6.2.2 e 6.2.3 dos Princípios do Unidroit como usos do comércio internacional nos termos do art. 9(2) da convenção<sup>89</sup>. Essa abordagem parte da premissa que, ainda que a CISG pudesse governar casos de *hardship*, o problema não pode ser razoavelmente decidido segundo os artigos da Convenção<sup>90</sup>.

Essa abordagem oferece uma solução razoavelmente simples para questão e evita os complexos debates interpretativos envolvendo o artigo 79. Contudo, devemos repetir aqui as conclusões alcançadas anteriormente, no qual se apontou que não é adequada a aplicação das regras dos Princípios do Unidroit sobre *hardship* como expressando práticas usuais do comércio internacional.

## **2.2 Soluções que entendem que o conceito de *hardship* é governado pela CISG**

O presente subcapítulo dedica-se a apresentar as principais soluções que entendem que *hardship* é uma matéria governada pela Convenção. As principais teses que abordaremos nesse

---

<sup>88</sup> UNCITRAL, HCCH and Unidroit Legal Guide to Uniform Instruments in the Area of International Commercial Contracts, with a Focus on Sales, 2021, §342. Disponível em <https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/tripartite-legal-guide#a5> (Acesso em 23/04/2021)

<sup>89</sup> ATAMER, Yesim. *Op Cit.* p. 1074, §86; SCHLECHTRIEM, Peter/ BUTLER, Petra, **Un Law on International Sales**. Berlim: Sprienger, 2009, p. 204

<sup>90</sup> ATAMER, Yesim. *Op Cit.* p. 1071-1072, §80

subcapítulo são: (1) A ausência de uma regra específica sobre *hardship* constitui uma lacuna interna que deve ser preenchida pelos princípios nos quais a CISG se baseia; (2) a ausência de uma regra específica sobre *hardship* constitui uma lacuna interna que deve ser preenchida pelos princípios do Unidroit e (3) o art. 79 lida exhaustivamente com cenários de *hardship*.

### **2.2.1 A ausência de uma regra específica sobre *hardship* constitui uma lacuna interna que deve ser preenchida pelos princípios nos quais a CISG se baseia**

Essa solução é baseada na premissa de que a ausência de disposições expressas sobre *hardship* constituiria uma lacuna interna na CISG. Diferentemente de uma lacuna externa, uma lacuna interna da CISG envolve uma questão que é governada pela Convenção, mas que não é expressamente resolvida pelo seu texto<sup>91</sup>. Nos termos do artigo 7(2) da CISG, as lacunas internas serão dirimidas segundo os princípios gerais que inspiram a Convenção ou, na falta destes, de acordo com a lei aplicável segundo as regras de direito internacional privado.

Sob essa visão, *hardship* se enquadraria no escopo material da CISG, mas não seria, ou seria insuficientemente tratada ao longo da Convenção. Esta abordagem assume, então, que o Art. 79 não exclui implicitamente uma defesa fundada em *hardship*, mas deixa a questão sem resposta sobre quais seriam as consequências de uma defesa bem sucedida nesse sentido.

A premissa é de que o art. 79 funciona exclusivamente como uma defesa contra um pedido de perdas e danos pela não-performance do contrato, e que em casos de *hardship*, seja no direito doméstico ou em instrumentos internacionais, a solução geralmente envolve o direito da parte atingida de buscar a renegociação do contrato, sua resolução ou sua adaptação. Desse modo, por mais que os requisitos do art. 79 pudessem ser usados para caracterizar uma situação de *hardship*, a suposta incompatibilidade entre o remédio ofertado pelo dispositivo e uma situação de excessiva onerosidade, geraria uma lacuna interna na Convenção<sup>92</sup>.

O processo de preencher uma lacuna (“*Gap-filling*”) pela aplicação dos princípios nos quais a CISG se baseia é feita primordialmente mediante a aplicação de dispositivos da CISG por analogia<sup>93</sup>. Por meio deste método, alguns autores tem buscado apontar diferentes soluções

---

<sup>91</sup> GALÁN-BARRERA, Diego Ricardo. La Integración de lagunas em la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías. In ALBÁN, Jorge Oviedo (ed.). **Obligaciones y Contratos en el Derecho Contemporáneo**. 1. ed. Bogotá: Biblioteca Jurídica DIKE, 2010, p. 328.

<sup>92</sup> ATAMER, Yesim. *Op Cit.* p. 1071-1072, §80.

<sup>93</sup> VISCASILLAS, Maria del Pilar Perales. *Op. Cit.*, §57 p. 136; HELLNER, Jan. Gap-Filling by analogy. Art.7 da UN Sales Convention in its Historical Context, in RAMBERG, Jan et al. (eds.), **Festschrift till Lars Hjerner:**

para como lidar com cenários de *hardship* na CISG. Alguns autores, então, sugerem que um princípio geral de adaptação do contrato poderia ser extraído do art. 50 da CISG, que estabelece o remédio de redução do preço<sup>94</sup>. Na Convenção, este remédio não visa compensar a violação, mas sim ajustar o equilíbrio do contrato que foi alterado em consequência da violação<sup>95</sup>. Nessa lógica, os critérios para a redução do preço poderiam ser aplicados analogicamente aos casos de excessiva onerosidade.

O argumento é sem dúvida ousado, ao ponto de até mesmo seus proponentes reconhecerem-no dessa forma. Contudo, parece-nos que ao analisar os princípios nos quais a CISG se baseia, é muito mais fácil encontrar argumentos contrários à possibilidade de adaptação do contrato por um terceiro<sup>96</sup>. Por exemplo, dois dos princípios nos quais a Convenção baseia-se são o princípio da autonomia das partes e princípio da *pacta sunt servanda*<sup>97</sup>. Ambos poderiam ser invocados para estabelecer que o que foi acordado entre as Partes deve ser preservado, ao invés de permitir que um terceiro, estranho à relação contratual, modifique o contrato à vontade.

Outra solução vislumbrada por alguns autores, ao utilizar este método, é valer-se do art. 7(1) da Convenção para argumentar que as partes teriam a obrigação de renegociar os termos do contrato como parte de um dever geral de boa-fé<sup>98</sup>. A proposta é, contudo,

---

**Studies in International Law**. 1. ed. Stockholm: Norstedts, 1990, p. 219 et seq.; CAÑELLAS, Anselmo Martínez. **La Interpretación y la Integración de la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, de 11 de abril de 1980**. 1. ed. Granada: Editorial Comares, 2004, p. 317-320; GOTANDA, Jonh Y. **Using the UNIDROIT Principles to Fill Gaps in the CISG** (versão pré-publicação). 2007, p. 19-20.

<sup>94</sup> Esta ideia parece ter sido originalmente sugerida pelo professor Peter Schlechtriem em um *workshop* a respeito da CISG: SCHLECHTRIEM, Peter. Transcript of a Workshop on the Sales Convention, **Journal of Law & Commerce**, Vol. 18, p. 191-258, 1999, p. 236. Posteriormente, outros autores desenvolveram ainda mais o argumento: ISHIDA, Yasutoshi, *Op. Cit.* p. 378 et seq.; VALLEBELLA, Joaquín. La Excesiva Onerosidad en la Convención de Viena a Propósito de la Novedosa Jurisprudencia Sentada en el Caso “Scafom International”. **Revista Argentina de Derecho Comercial y de los Negocios**, Vol. 1, 2011.

<sup>95</sup> Por esta razão, o remédio da redução do preço segue disponível mesmo quando perdas e danos não são devidos ou quando a parte está isenta de pagá-los nos termos do art. 79, nesse sentido *see* BACH, Ivo. Art. 50. In KRÖLL, Stefan; MISTELIS, Loukas; VISCASILLAS, Maria del Pilar Perales. **UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods: A Commentary**. 2. ed. Munique; C.H Beck, 2018, §67, p. 745.

<sup>96</sup> FERRARI, Franco/ GILLETTE, Clayton P./ TORSELLO, Marco/ WALT, Steven D. The Inappropriate Use of the PICC to Interpret Hardship Claims under the CISG. **Zeitschrift für das Recht des internationalen Warenkaufs und Warenvertriebs**, Vol. 3, p. 97-140, 2017, p. 101

<sup>97</sup> VISCASILLAS, Maria del Pilar Perales, *Op. Cit.* §64, p. 140

<sup>98</sup> Parecer n° 7do CISG-AC, *Op.Cit.* §40; MAGNUS, Ulrich. **Staudinger Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen: Wiener UN-Kaufrecht (CISG)**. Berlim: Sellier-de Gruyter, 2018, §24b, p. 960-961; VENEZIANO, Anna, UNIDROIT Principles and CISG: Change of Circumstances and Duty to Renegotiate according to the Belgian Supreme Court, **Uniform Law Review**, Vol. 15(1), p. 137-149, 2010, p. 145-146; KESSEDJIAN, Catherine, *Op. Cit.* p. 419.

controversa. Tanto a doutrina<sup>99</sup> quanto a jurisprudência<sup>100</sup> são divididas em interpretar se o art. 7(1) estabelecerá um dever de boa-fé semelhante ao encontrado, por exemplo, no art. 422 do Código Civil Brasileiro. Ainda que se entendesse favoravelmente, a imposição de um dever de renegociar o contrato derivado desse princípio ainda seria discutível<sup>101</sup>. O principal problema é que o dever de renegociar não é geralmente concebido como uma obrigação de resultado, e as incertezas sobre as consequências de uma negociação infrutífera permaneceriam<sup>102</sup>.

### 2.2.2 A ausência de uma regra específica sobre *hardship* constitui uma lacuna interna que deve ser preenchida pelos Princípios do Unidroit

Essa solução também é baseada na premissa de que a ausência de disposições expressas sobre *hardship* constituiria uma lacuna interna na CISG. Contudo, ao invés de buscar dirimir esta lacuna interna segundo os princípios gerais que inspiram a Convenção, esta posição se constrói sob a premissa de que os Princípios UNIDROIT podem ser usados como uma ferramenta no processo de interpretação das lacunas da Convenção<sup>103</sup>.

---

<sup>99</sup> A favor: VISCASILLAS, Maria del Pilar Perales, *Op. Cit.* §§24-34, p. 122-124; ZELLER, Bruno. **Four-Corners - The Methodology for Interpretation and Application of the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods**, 2003, Capítulo 4. Contra: FELEMEGAS, Jonh. Comparative Editorial Remarks on the Concept of Good Faith in the CISG and the PECL. **Pace International Law Review**, Vol. 13, p. 399-406, 2001, p. 405; HOFMANN, Nathalie. Interpretation Rules and Good Faith as Obstacles to the UK's Ratification of the CISG and to the Harmonization of Contract Law in Europe. **Pace International Law Review**, Vol. 22, p. 145-181, 2010, p. 166-167; KEILY, Troy. Good Faith and the Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG). **Vindobona Journal of International Commercial Law and Arbitration**, Vol. 3(1), p.15-40, 1999, p. 39-40.

<sup>100</sup> A favor: TJRS, Apelação Cível nº 0000409-73.2017.8.21.7000, Relator Desembargador Umberto Guaspari Sudbrack, 12ª Câmara Cível, julgamento em 14/02/2017, publicação em 16/02/2017; Câmara do Comércio Internacional, Sentença Arbitral nº 11849, 2003. Disponível em: <http://www.unilex.info/cisg/case/1160> (Acesso em 26/04/2021). Contra: Câmara do Comércio Internacional, Sentença Arbitral nº 8611, 23 de janeiro de 1997. Disponível em: <http://www.unilex.info/cisg/case/229> (Acesso em 26/04/2021); Austria, Suprema Corte (Oberster Gerichtshof), Caso nº 1Ob77/01g, 22 de outubro de 2001, disponível em: <http://www.cisg-online.ch/content/api/cisg/urteile/614.pdf> (Acesso em 26/04/2021).

<sup>101</sup> Alguns autores se valem do princípio da boa-fé para argumentar justamente o contrário: *see* FERRARI, Franco/ GILLETTE, Clayton P./ TORSSELLO, Marco/ WALT, Steven D. *Op. Cit.* p. 101.

<sup>102</sup> ATAMER, Yesim. *Op Cit.* p. 1073, §84.

<sup>103</sup> Dentre os autores que apoiam o uso suplementar dos Princípios do Unidroit para preencher lacunas na CISG *see*: VISCASILLAS, Maria del Pilar Perales. Interpretation and gap-filling under the CISG: contrast and convergence with the UNIDROIT Principles. **Uniform Law Review**, Vol. 22, p. 4-28, 2017, p. 22; GAMA Jr., Lauro. A Sinergia entre a Convenção de Viena e os Princípios do Unidroit Relativos aos Contratos Comerciais Internacionais. in MOSER, Luiz Gustavo Meira / PIGNATTA Francisco Augusto (Coord.). **Comentários à Convenção de Viena Sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias (CISG)**. Rio de Janeiro: Atlas, 2017; GARRO, Alejandro. Gap-Filling Role of the Unidroit Principles in International Sales Law: Some Comments on the Interplay Between the Principles and the CISG. **Tulane Law Review**, Vol. 69, p. 1149-1190, 1995, p. 1183-1184; BONELL, Michael Joachim. The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and CISG—Alternatives or Complementary Instruments?. **Uniform Law Review**, Vol. 1(1), p. 26-39, 1996. Para decisões no mesmo sentido *see*: Instituto de Arbitragem dos Países Baixos, Sentença Arbitral Parcial, 10 de Fevereiro de 2005, disponível em: <https://iicl.law.pace.edu/cisg/case/netherlands-february-10-2005> (Acesso

Argumenta-se que os Princípios UNIDROIT desempenham um papel significativo na complementação da Convenção, pois proporcionam uma solução que promove a uniformidade de sua aplicação e preserva seu caráter internacional. A ideia principal é impedir um recurso fácil para o direito doméstico indicado pelas normas de direito internacional privado, mantendo-se, assim, a solução da controvérsia dentro de seu âmbito jurídico internacional.

Nesse sentido, os próprios Princípios do Unidroit estabelecem em seu preâmbulo que estes “podem ser usados para interpretar ou suplementar instrumentos internacionais de direito uniforme”. Até mesmo a Comissão das Nações Unidas sobre Direito Comercial Internacional endossou o uso dos Princípios do Unidroit para suplementar a CISG<sup>104</sup> e, mais recentemente, numa já mencionada publicação conjunta da UNCITRAL, do Unidroit e da HCCH, apontou-se que:

*“Adjudicators may also have recourse to the UPICC to fill gaps in national and international contract law regimes. In both the national and the international contexts, the permissibility of gap-filling with reference to the UPICC depends on the relevant rules and principles on the methodology and the limits of gap-filling. In the CISG, for example, the relevant rule is article 7, paragraph 2 (see paras. 127–132 above). It stipulates that questions concerning matters governed by the Convention which are not expressly settled in it “are to be settled in conformity with the general principles on which it is based”. **The general principles to which article 7, paragraph 2, refers are overarching rules that permeate the entire Convention, or at least a significant number of its provisions. They are arguably not numerous, and the more detailed UPICC do represent a compilation of such general principles.**”<sup>105</sup>*

---

em 28/04/2021); Câmara do Comércio Internacional, Sentença Arbitral nº 11638, 2002, disponível em: <http://www.unilex.info/case.cfm?id=1407> (Acesso em: 28/04/2021).

<sup>104</sup> Report of the United Nations Commission on International Trade Law, Fortieth session (25 June-12 July and 10-14 December 2007), §§209-213, p. 50-52, Disponível em: [https://undocs.org/en/A/62/17\(SUPP\)](https://undocs.org/en/A/62/17(SUPP)) (Acesso em 26/04/2021)

<sup>105</sup> UNCITRAL, HCCH and Unidroit Legal Guide to Uniform Instruments in the Area of International Commercial Contracts, with a Focus on Sales, 2021, §352. Disponível em <https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/tripartite-legal-guide#a5> (Acesso em 23/04/2021)

Essa abordagem merece especial atenção por ter sido aplicada em dois casos notórios sobre *hardship* na CISG: o caso *Scafom International*, julgado pela Suprema Corte belga e o caso *D21 v. Gabo*, julgado pela Suprema Corte francesa.

O caso *Scafom International* destaca-se por ser o único caso registrado no qual uma parte conseguiu argumentar com sucesso uma defesa de *hardship* no âmbito da CISG. A controvérsia apresentada à Suprema Corte belga dizia respeito a uma série de contratos para a venda de tubos de aço laminados para a produção de andaimes, celebrados entre a *Scafom International BV*, uma empresa holandesa e a *Exma*, uma Empresa com sede na França, antecessora da demandada *Lorraine Tubes SAS*. Após a conclusão dos contratos, o vendedor (Exma) avisou ao comprador (Scafom) que foi forçado a recalcular o preço acordado por causa de um aumento imprevisível de 70% do preço do aço. O comprador não aceitou o novo preço e processou o vendedor em um tribunal belga de primeira instância.

A corte de primeira instância entendeu que, por mais que o vendedor tenha demonstrado o aumento súbito e inesperado do preço do aço, a ocorrência de um evento que altera o equilíbrio contratual não tem consequências jurídicas nos contratos governados pela CISG, que governaria apenas casos de força maior<sup>106</sup>. A Corte de Apelação de Antuérpia reverteu a decisão, mas não fez qualquer referência à CISG, aplicável ao caso em virtude de seu art. 1(1), e reformou a decisão com base no direito francês<sup>107</sup>.

A *Scafom International* recorreu da decisão para a Suprema Corte da Bélgica, que manteve a decisão do Tribunal *a quo*, mas seguindo fundamentação diversa. A corte entendeu que uma mudança imprevista de circunstâncias que conduza a uma alteração substancial do equilíbrio contratual pode, em determinadas circunstâncias, constituir um impedimento nos termos do artigo 79(1) da CISG. Entretanto, de modo até um tanto contraditório, o Tribunal apontou que haveria uma lacuna interna na CISG em relação à *hardship*, e que tal lacuna devia ser colmatada de forma a promover a uniformidade e o caráter internacional da Convenção, tendo em conta os princípios gerais que regem o direito do comércio internacional. Desse modo, a Suprema Corte afirmou então que tais princípios se encontram representados nos Princípios

---

<sup>106</sup> Bélgica, Corte Distrital de Tongeren, Caso nº A.R. A/04/01960, Juízes G. Hermans, V. Kun e D. Geurts, 25 de janeiro de 2005, disponível em: <https://iicl.law.pace.edu/cisg/case/belgium-january-25-2005-rechtbank-van-koophandel-district-court-scafom-international-bv> (Acesso em 27/04/2020)

<sup>107</sup> Bélgica, Corte de Apelação de Antuérpia, Caso nº 2005/AR/2372, Juízes Hulpiau, Lemmens e Embrechts, 15 de fevereiro de 2007, disponível em <https://iicl.law.pace.edu/cisg/case/belgium-february-15-2007-hof-van-beroepp-appellate-court-scafom-international-bv-v-lorraine> (Acesso em 27/04/2020)



UNIDROIT e, com base neles, concluiu que uma parte que invoca uma mudança de circunstâncias que perturbe fundamentalmente o equilíbrio contratual tem o direito de solicitar a renegociação do contrato, negando, por conseguinte, provimento ao recurso da *Scafom*<sup>108</sup>.

Já o caso da Suprema Corte francesa envolveu um contrato sob o qual uma empresa francesa, *D21*, concordou em fornecer unidades de aquecimento para um comprador polonês, *Gabo*. Após a conclusão do contrato, preços das matérias-primas necessárias para a produção do aquecimento aumentaram substancialmente, fazendo com que os fornecedores da *D21* impusessem aumentos de preços entre 4% e 16%. *D21* afirmou que, por conta desses aumentos, seu lucro no contrato diminuiria em 58%. Quando a *Gabo* se recusou a renegociar, a *D21* se recusou a entregar as unidades de aquecimento.

Na origem, a corte de primeira instância negou que o vendedor tivesse o direito de recusar a prestação, decisão que foi mantida pela Corte de Apelação de Reims. A *D21* argumentou que as regras de *hardship* contidas nos Princípios do Unidroit deveriam ser tratados como usos do comércio internacional nos termos do art. 9(2) da CISG, o Tribunal, contudo, não tomou posição acerca da aplicação dos Princípios dessa forma. No entanto, o tribunal descreveu os Princípios do Unidroit como um código para contratos internacionais proposto por uma organização internacional da qual tanto a França quanto a Polônia são membros e que o Preâmbulo dos Princípios afirmava que estes poderiam ser usados para interpretar e complementar a CISG. No entanto, o Tribunal de Apelação negou provimento ao recurso da *D21*, concluindo que a parte havia fracassado em provar que os aumentos de preço sofridos satisfaziam os requisitos para a caracterização de *hardship* e que, mesmo que o *D21* tivesse sofrido perdas, o art. 6.2.1 dos Princípios do Unidroit não autorizam que a parte afetada suspenda a execução do contrato<sup>109</sup>.

Ao apreciar o recurso da *D21*, a Suprema Corte não adentrou explicitamente na discussão sobre a aplicação de *hardship* na CISG ou como determinar sua existência ou os remédios disponíveis quando ocorrer. Mas, a corte seguiu referindo-se ao Princípios do Unidroit ao apontar que o Tribunal de Apelações havia falhado em fazer determinações factuais

---

<sup>108</sup> Bélgica, Suprema Corte, Cour de Cassation, Caso nº C.07.0289.N, Juízes J. Pafenols, A. Smetryns, B. Deconinck, E. Dirix, R. Boes, G. Londers. 19 de junho de 2009, disponível em: <https://iicl.law.pace.edu/cisg/case/belgium-june-19-2009-cour-de-cassation-supreme-court-scafom-international-bv-v-lorraine> (acesso 26/04/2021)

<sup>109</sup> França, Corte de Apelação de Reims (*Cour d'Appel de Reims*), Caso nº 11/02698, 04 de setembro de 2012. Disponível em: [www.unilex.info/case.cfm?id=2121](http://www.unilex.info/case.cfm?id=2121) (Acesso em 27/04/2020)

necessárias para determinar se se tratava de uma mudança de circunstâncias escusável ou não. De todo modo, manteve a decisão do tribunal *a quo*, visto que o vendedor não havia provado o aumento do custo de cumprimento das suas obrigações contratuais, nem a existência de uma situação que teria alterado profundamente o equilíbrio do contrato. Assim, parece que o Tribunal de Cassação implicitamente adotou as conclusões do Tribunal de Apelações de que são os Princípios do Unidroit que definem o escopo e consequências de casos de *hardship* governados pela CISG<sup>110</sup>.

A visão adotada em ambos casos nos parece estar equivocada. Como já mencionado anteriormente, o texto do artigo 7(2) deixa claro que as questões referentes às matérias governadas pela CISG, mas que não forem por ela expressamente resolvidas serão dirimidas segundo os princípios gerais que a inspiram. Segundo a Suprema corte Belga, no caso *Scafom International*, este mandamento é transformado numa obrigação para se referir aos princípios gerais que regem o direito do comércio internacional. Nos parece que, se os redatores da CISG desejassem que a Convenção fosse interpretada de acordo com os princípios gerais do direito internacional dos contratos comerciais, ao invés dos princípios nos quais a Convenção teria se baseado<sup>111</sup>, eles poderiam facilmente ter assim estabelecido<sup>112</sup>.

Ademais, não nos parece que a imposição do art. 7(1) de que a interpretação da Convenção deve levar em conta seu caráter internacional e a necessidade de promover a uniformidade de sua aplicação justifique a aplicação dos Princípios do Unidroit para preencher as lacunas da CISG. Fazê-lo seria o mesmo que ignorar as regras de preenchimento de lacunas do art. 7(2), tornando o mecanismo proposto pelo artigo sem sentido.

Outrossim, o argumento utilizado pela Corte de Apelação de Reims de que os Princípios do Unidroit estabeleceriam em seu preâmbulo a sua aplicabilidade para o preenchimento de lacunas em outros instrumentos não nos parece convincente. Os próprios Princípios não podem ter autoridade para fazer tal determinação, afinal, é a CISG que determina se, e como, ela será suplementada por outros instrumentos. Tal conclusão surge da própria

---

<sup>110</sup> França, Suprema Corte (*Cour de Cassation*), Caso nº 12-29.550 13-18.956 13-20.230, 17 de fevereiro de 2015. Disponível em: <http://www.unilex.info/case.cfm?id=1923> (Acesso em 27/04/2020)

<sup>111</sup> Sobre a distinção see FLECHTNER, Harry M. *Op. Cit.*, p. 95

<sup>112</sup> No mesmo sentido see GOTANDA Jonh Y. *Op. Cit.* p. 17

natureza da CISG como tratado internacional, quando um Estado se torna signatário da CISG não está escrito em letras miúdas que os Princípios do Unidroit estariam incluídos no pacote<sup>113</sup>.

Observando-se o que, de fato, estabelece o art. 7(2), pode-se observar que, como a Convenção foi adotada em 1980, que ela certamente não inspirada nos Princípios do Unidroit, adotados inicialmente apenas em 1994<sup>114</sup>. Contudo, ainda que seguissemos a opinião de alguns doutrinadores de que os Princípios do Unidroit refletem muitos dos mesmos princípios que inspiraram a CISG<sup>115</sup>, isso não justificaria a aplicação mecânica de quaisquer artigos dos Princípios para preencher as lacunas da Convenção, tal como aconteceu em ambos os casos.

Nesse sentido, talvez seja possível que se justifique a referência aos Princípios do Unidroit explicando-se a lógica por trás de uma disposição específica dos Princípios e a compatibilidade dessa lógica com um dos princípios nos quais a CISG se baseou<sup>116</sup>. Mas isso ainda exigiria, de todo modo, que um princípio geral da CISG fosse identificado em primeiro lugar. Como demonstrado no subcapítulo anterior, este não parece ser o caso. Não há qualquer indício que o Unidroit tenha buscado inspiração na CISG para elaborar os artigos 6.2.1 a 6.2.3 (tal como fez com o art. 7.1.7, quase idêntico ao artigo 79 da Convenção). Muito pelo contrário, o professor Roy Goode, um dos redatores originais dos Princípios, classificou as regras sobre hardship como “*the most radical provisions of the Principles*”<sup>117</sup>.

### **2.2.3 Hardship pode constituir um impedimento no sentido do art. 79 da CISG**

---

<sup>113</sup> Nesse sentido o professor Harry Flechtner aponta que “*the Principles often seem to me to favor the Civilian as opposed to the Common Law positions on controversial questions. [...] As a result, incorporation of provisions of the UNIDROIT Principles into the CISG via gap-filling – particularly where those same approaches were proposed and rejected during the drafting of the CISG – can appear to be a backhanded way of imposing the approaches of the Civil Law on non-Civil Law states that never agreed to those approaches* / os Princípios frequentemente me parecem favorecer as posições do Civil em oposição às posições do Common Law em questões controversas. [...]. Como resultado, a incorporação das disposições dos Princípios UNIDROIT na CISG via preenchimento de lacunas - particularmente quando essas mesmas abordagens foram propostas e rejeitadas durante a elaboração da CISG - pode parecer uma forma indireta de impor as abordagens de Civil Law sobre Estados que não seguem essa tradição e que nunca concordaram com essas abordagens. (tradução livre)” (FLECHTNER, Harry M. *Op. Cit.* p. 97)

<sup>114</sup> Para outros autores que adotam essa mesma abordagem estritamente formalista *see* KESSEDJIAN, Catherine, *Op. Cit.* p. 419;

<sup>115</sup> O professor Lauro Gama, por exemplo, cita que ambos os instrumentos compartilham dos mesmos conceitos básicos, tais como a liberdade de contratar, o princípio *favor contractus*, a observância da boa-fé, a lealdade contratual, o respeito às práticas comerciais, etc. (GAMA Jr., Lauro, *Op. Cit.* Capítulo 11)

<sup>116</sup> VISCASILLAS, Maria del Pilar Perales. *Op. Cit.*, p. 20;

<sup>117</sup> GOODE, Roy. *Op. Cit.*; p. 243

Essa posição baseia-se na ideia de que cenários de *hardship* podem ser abrangidos como impedimentos para efeito do art.79 da CISG. Por conseguinte, rejeita-se implicitamente a proposição de que haveria uma lacuna na CISG no que diz respeito à questão de *hardship*<sup>118</sup>. Baseia-se no argumento interpretativo segundo o qual um impedimento para o art. 79 não exigiria necessariamente que o desempenho se tornasse impossível. Uma situação em que o desempenho se torna significativamente mais oneroso poderia ser considerado um impedimento, ainda que a performance seja tecnicamente possível.

Nesse sentido, casos de *hardship* na Convenção receberiam o mesmo tratamento de casos típicos de força maior, submetendo-se aos mesmos parâmetros do art. 79(1) e implicando exclusivamente no direito da parte afligida de justificar seu inadimplemento e assim escusar-se de indenizar a outra parte. O fato que os remédios típicos de *hardship*, como adaptação contratual e a imposição de um dever de renegociar, não serem expressamente previstos no texto da Convenção não gera uma lacuna na CISG, mas simplesmente estabelece que tais remédios foram excluídos em prol de um tratamento unificado de *hardship* e força maior<sup>119</sup>.

A resolução do contrato, por outro lado, por estar prevista na convenção (arts. 49 e 64), segue sendo possível<sup>120</sup>. A princípio, caberia à parte que alegou a quebra de contrato declarar o contrato resolvido por inadimplemento fundamental do contrato. De fato, mesmo que a parte inadimplente consiga demonstrar que os requisitos para isenção de responsabilidade do art. 79(1) foram atendidos, a não performance do contrato segue sendo um dos exemplos mais evidentes de inadimplemento fundamental<sup>121</sup>, justificando-se, assim o recurso a tal remédio<sup>122</sup>. Em particular, como *hardship* é particularmente relevante em contratos de longa duração ou

---

<sup>118</sup> Entre os apoiadores dessa posição menciona-se: FLECHTNER, Harry M., *Op. Cit.*; SCHEWENZER, Ingeborg/MUÑOSZ, Eduardo. Duty to renegotiate and contract adaptation in case of hardship. **Uniform Law Review**. Vol. 24, p. 149-174, 2019; KEPLAC, Lovro, *Op. Cit.* p. 64; KOFOD, Rolf. **Hardship in International Sales: CISG and UNIDROIT Principles**. Tese (Doutorado), University of Copenhagen-Faculty of Law, Copenhagen, 2011.

<sup>119</sup> 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 Convention on Contracts for International Sale of Goods 2000-2001**. 1. ed. Kluwer Law International, 2002, p. 226

<sup>120</sup> Note-se, contudo, que diferentemente dos Princípios do Unidroit, nos quais a resolução do contrato é decidida pelas cortes ou tribunais arbitrais, já na CISG a resolução contratual é feita mediante declaração da parte inocente e passa a ter eficácia a partir do momento que a parte inadimplente toma conhecimento da declaração nos termos do art. 26.

<sup>121</sup> BJÖRKLUND, Andrea. Art. 25. In KRÖLL, Stefan; MISTELIS, Loukas; VISCASILLAS, Maria del Pilar Perales. **UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods: A Commentary**. 2. ed. Munique; C.H Beck, 2018, §28, p. 345-346.

<sup>122</sup> ATAMER, Yesim. *Op. Cit.* §40, p.1053-1054.

contratos de prestação diferida, o art. 73(2) pode se mostrar fundamental, por lidar com a possibilidade de resolução contratual apenas em relação às obrigações futuras<sup>123</sup>.

Essa é a posição merece especial destaque por ser atualmente adotada pelo *CISG Advisory Council*. A organização originalmente endereçou *hardship* em seu parecer n° 7, no qual já defendia a possibilidade de casos de *hardship* serem tratados como impedimentos para os fins do art.79<sup>124</sup>. Contudo, em relação remédio mais apropriado caso uma situação de *hardship* venha a ocorrer, o *CISG Advisory Council* apontou, sem adentrar em maiores detalhes, que há uma obrigação, extraída do art. 7(1), das partes de renegociar os termos do contrato com vistas a reestabelecer o equilíbrio e que em caso de insucesso das negociações o artigo 79(5) da CISG pode ser utilizado para determinar o que é devido a cada uma das partes, , assim, “adaptando” os termos do contrato às circunstâncias que tiverem sido modificadas<sup>125</sup>.

Mais recentemente, o *CISG Advisory Council*, pela primeira vez revisitando um tema já abordado anteriormente, publicou seu parecer n° 20, que trata exclusivamente sobre *hardship* na CISG. Nesta opinião mais recente, a organização firmou o entendimento expresso no presente subcapítulo. Dentre as principais considerações, estão comentários sobre quando deixa de razoável que uma supere um impedimento econômico:

*“In order to determine whether a party may be expected to overcome a situation of hardship one may resort to “reasonable expectation test”. Under this test, a party may be exempted under Article 79 CISG in case the performance, though technically possible, calls for spending huge costs, grossly disproportionate to the value of the obligation. In such a case, the aggrieved party may be exempted under Article 79 CISG as long it established that the financial loss it will suffer is significantly greater than the risk of loss a “reasonable person” is expected to assume at the time of the formation of the contract”*<sup>126</sup>

---

<sup>123</sup> SAIDOV, Djakhongir. Art. 73. In KRÖLL, Stefan; MISTELIS, Loukas; VISCASILLAS, Maria del Pilar Perales. **UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods: A Commentary**. 2. ed. Munique; C.H Beck, 2018, §16, p. 945-946

<sup>124</sup> **Parecer n° 7 do CISG-AC**. *Op. Cit.* §37

<sup>125</sup> *Ibid*, §40

<sup>126</sup> **Parecer n° 20 do CISG-AC, hardship under the CISG**. Relator Prof. Dr. Edgardo Muñoz, Universidad Panamericana, Guadalajara, Mexico. Adotada pelo CISG-AC na sua 27ª reunião realizada em Puerto Vallarta, México, entre 2-5 de fevereiro de 2020, §7.4. “A fim de determinar se uma parte pode esperar superar uma situação

Essa interpretação, também defendida pelo professor Yasutoshi Ishida<sup>127</sup>, parece-nos ser adequada e alinhada ao que estabelece o art. 79(1). Como já mencionado acima, este critério de razoabilidade é trazido pelo próprio dispositivo e é o seu mais forte indicativo de que impedimentos na CISG não devem ser interpretados apenas como cenários em que há impossibilidade de fato.

Adicionalmente, o parecer n° 20 traz importantes considerações sobre circunstâncias a serem levadas em consideração para avaliar se um impedimento está configurado. Dentre as circunstâncias listadas pelo *CISG Advisory Council*, cita-se (a) se a parte alegando isenção assumiu os riscos da mudança de circunstâncias; (b) se o contrato era de uma natureza especulativa ou não; (c) se houve e qual a extensão das variações de mercado anteriores; (d) a duração do contrato; (e) se os bens foram obtidos por fornecedor próprio e (f) se a parte contratou um seguro. Esses não são requerimentos adicionais aos já existentes no art. 79, sendo apenas desdobramentos lógicos dos requisitos já dispostos no artigo. Por exemplo, a natureza especulativa do contrato se relaciona à previsibilidade da mudança de circunstâncias enquanto que a assunção dos riscos se relaciona ao requisito da esfera de controle.

Ademais, o *CISG Advisory Council* esclarece que se for reconhecida a existência de *hardship*, a parte inocente não tem o direito de exigir o cumprimento da obrigação (remédio de performance específica dos art. 46 e 62). Trata-se de questão que é, em tese, controversa, uma vez que o art. 79(5) estipula que a isenção conferida pelo art. 79 não impede que as partes exerçam qualquer outro direito além da indenização por perdas e danos, o que incluiria o direito de se exigir o cumprimento do contrato<sup>128</sup>. O posicionamento do *CISG Advisory Council*, no entanto, é correto e alinhado com a doutrina majoritária<sup>129</sup>.

---

de dificuldade, pode-se recorrer ao “ teste de expectativa razoável ”. De acordo com esse teste, uma parte pode ser isenta de acordo com o Artigo 79 da CISG no caso de o desempenho, embora tecnicamente possível, exigir gastos enormes, grosseiramente desproporcionais ao valor da obrigação. Nesse caso, a parte prejudicada pode ser isenta nos termos do Artigo 79 da CISG, desde que estabeleça que a perda financeira que sofrerá é significativamente maior do que o risco de perda que uma “pessoa razoável” deve assumir no momento da formação da o contrato (tradução livre)”

<sup>127</sup> ISHIDA, Yasutoshi. *Op. Cit.* p. 367-368

<sup>128</sup> Sobre a controvérsia *see* ATAMER, Yesim. *Op. Cit.* §§35-39, p.1052-1053.

<sup>129</sup> No mesmo sentido, *see* SCHNYDER, Anton K. /STRAUB, R. M. Art. 46, in HONSELL, Heinrich (ed.). **Kommentar zum UN-Kaufrecht - Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den Internationalen Warenkauf (CISG)**. 2. ed. Heidelberg: Springer, 2010, §31, p.510-11; HUBER, Peter. Art. 46. In KRÖLL, Stefan/ MISTELIS, Loukas/ VISCASILLAS, Maria del Pilar Perales (eds.). **UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods: A Commentary**. 2. ed. Munique; C.H Beck, 2018, §22-24, p. 679.

A professora Ingborg Schwenzer, numa posição que veio a ser adotada pelo *CISG Advisory Council*, aponta que o dever de mitigar os prejuízos disposto no art. 77 da Convenção pode exigir que a parte inocente faça um acordo com a parte afetada pela mudança de circunstâncias. Segundo a autora, isto não criaria um dever de renegociar, mas criaria um incentivo para que as partes o fizessem. Nessa lógica, a recusa em aceitar uma oferta da parte inadimplente para alterar a performance do contrato poderia levar à redução no tamanho da indenização devida, proporcional ao valor da oferta recusada<sup>130</sup>.

O argumento nos parece inconsistente. O art. 77 somente torna-se relevante caso a parte inadimplente tenha sido condenada ao pagamento de indenização por perdas e danos nos termos do art. 74. Isso só acontecerá se ela tiver fracassado em demonstrar que se encontrava numa situação de *hardship* para os efeitos do art. 79. Não nos parece coerente que uma parte que deixou de performar injustificadamente possa reduzir o valor da indenização a ser paga apenas porque se dispôs a performar sob circunstâncias diversas, afinal, a parte inocente estava correta em recusar a oferta e exigir a performance conforme originalmente acordada.

Com exceção desse ponto em relação ao art. 77, a solução encampada pelo *CISG Advisory Council* no seu parecer nº 20 representa a melhor e mais coerente solução para como lidar com casos de *hardship* na CISG.

---

<sup>130</sup> SCHEWENZER, Ingborg. Force Majeure And Hardship in International Sales Contracts. **Victoria U. Wellington Law Review**, Vol. 39, p. 709-725, 2008, p. 725.

### 3 Conclusão

Ao buscar uma resposta para a questão de saber se o art. 79 regulamenta casos de *hardship*, o primeiro passo é definir o que se entende por esta questão. Se a questão é “a CISG endereça *hardship* tal como definido nos Princípios do Unidroit e em outros instrumentos internacionais?” A resposta nos parece ser um não. Por outro lado, se a questão fosse “o art. 79 concede isenção apenas em casos de impossibilidade na performance?”, a resposta também seria não. Ao nosso ver, o art. 79 pode ser interpretado no sentido de permitir uma isenção de responsabilidade por inadimplemento resultante de uma mudança significativa nas circunstâncias econômicas que não se possa razoavelmente esperar que parte afligida supere.

Nessa linha de interpretação, os parâmetros mínimos para que uma mudança de circunstâncias se torne um impedimento no sentido do art. 79, parece-nos ser razoavelmente mais alto do que os encontrados nos Princípios do Unidroit, nos PECL ou até no Direito brasileiro. Contudo, o fato da CISG não autorizar a parte afetada a recorrer aos remédios tradicionais de *hardship*, não é sem paralelos no direito comparado. Por exemplo, a doutrina norte-americana de *impracticability* apresenta uma solução razoavelmente semelhante, promovendo um tratamento unitário tanto aos casos em que a performance se tornou impossível quanto aos casos em que se tornou “apenas” economicamente impraticável.

Com isso, concluímos o nosso posicionamento sobre qual é o tratamento correto a ser dado à situação jurídica na qual a performance de um contrato de compra e venda internacional regido pela CISG torna-se excessivamente onerosa para uma das partes em razão do advento circunstâncias imprevisíveis. Nada obstante, entendemos que algumas reflexões adicionais, destinadas a analisar a questão por uma perspectiva mais prática, ainda são devidas. Nesse sentido, Observe-se o exemplo hipotético abaixo:

**Caso hipotético nº 2:** Em dezembro de 2019, um revendedor de bebidas na Inglaterra contratou um exportador de vinhos italiano para a compra de duas mil garrafas da denominação *Brunello di Montalcino* da safra colhida naquele ano. Após algumas semanas de negociação, estabeleceram que as garrafas seriam entregues 4 lotes diferentes; que qualquer conflito seria dirimido pela justiça italiana e que o contrato seria governado pelo direito italiano, tornado a CISG aplicável nos termos do seu art. 1(1)(b). No dia seguinte à entrega do 2º lote, a cidade de Montalcino foi atingida por um terremoto de média intensidade que resultou na destruição de milhares de garrafas lá armazenadas. Ao tentar obter as



garrafas, o mercador italiano tomou conhecimento do ocorrido e verificar o aumento de 75% no preço médio das garrafas em razão da repentina escassez da mercadoria. Já antecipando imensos prejuízos, o exportador contactou o comprador, que firmemente rejeitou o reajuste do contrato e exigiu a performance conforme originalmente combinado.

Nesse cenário hipotético, o nosso fictício mercador italiano estaria diante de um considerável dilema: performar ou não performar? Para responder esta questão é necessário que se tenha em mente que qualquer decisão sobre a existência de *hardship* só seria tomada muito depois que a parte fizesse a sua escolha<sup>131</sup>, mas que essa decisão impactará diretamente a solução do litígio.

Segundo o que entendemos ser a interpretação mais adequada, caso o mercador italiano esteja convencido que o aumento do preço se qualifique como um impedimento para efeitos do art. 79, ele não deveria realizar a entrega dos lotes restantes e, caso o comprador o processasse, o vendedor poderia alegar em sua defesa que o inadimplemento estaria justificado pela ocorrência de eventos que fundamentalmente desequilibraram a balança contratual. Só que há dois problemas com esse raciocínio: (1) parte da premissa de que as cortes italianas seguiriam esse entendimento específico<sup>132</sup> e (2) parte da premissa que um aumento de 75% no preço das mercadorias seria suficiente para caracterizar um impedimento na CISG<sup>133</sup>.

---

<sup>131</sup> Em particular, por conta do fato de que a Itália tem o sistema judiciário mais lento dentre os países da OCDE, levando em média 600 dias para julgar uma ação na primeira instância e leva em média 8 anos para que a decisão transite em julgado. Essa informação pode ser encontrada num relatório da OCDE disponível em: <https://www.oecd.org/economy/growth/FINAL%20Civil%20Justice%20Policy%20Paper.pdf> (Acesso em 30/04/2021)

<sup>132</sup> Como vimos acima, há pelo menos outras cinco soluções que poderiam ser aplicadas, todas elas podendo ser consideradas mais ou menos justificáveis

<sup>133</sup> Tal percentual seria tido como insuficiente para muitos dos comentadores da convenção, que sugerem percentuais de 100%, see BRUNNER, Christoph. **Force Majeure and Hardship Under General Contract Principles : Exemption for Non-performance In International Arbitration**. 1. ed. Austin: Wolters Kluwer Law & Business, 2009, p. 428-435. Por outro lado, 75% representaria um desequilíbrio maior do que o observado no único caso registrado no qual uma parte conseguiu argumentar com sucesso uma defesa de *hardship* no âmbito da CISG, see Bélgica, Suprema Corte, Cour de Cassation, Caso n° C.07.0289.N, Juízes J. Pafenols, A. Smetryns, B. Deconinck, E. Dirix, R. Boes, G. Londers. 19 de junho de 2009, disponível em: <https://iicl.law.pace.edu/cisg/case/belgium-june-19-2009-cour-de-cassation-supreme-court-scafom-international-bv-v-lorraine> (acesso 26/04/2021)

Se o judiciário italiano seguir o raciocínio já adotado por uma corte italiana no caso *Nuova Fucinati S.p.A. v. Fondmetall International*<sup>134</sup>, a decisão da parte de não performar seria vista como injustificada sob entendimento que o art. 79 só lidaria com casos de impossibilidade. Por outro lado, se o judiciário italiano decidisse seguir o exemplo da Suprema Corte da Bélgica e da Suprema Corte Franca, e decidisse que casos de hardship na CISG devem ser resolvidos à luz das disposições dos Princípios do Unidroit, os remédios de adaptação e terminação estariam precluídos pela não performance do contrato. Assim, em ambos os casos, o vendedor não só estaria sujeito ao pagamento de indenização por perdas e danos pelo seu inadimplemento, como provavelmente também teria de arcar com os custos do processo.

Em termos práticos, ao lidar com casos de *hardship* na CISG, estamos diante de uma questão que parece estar ainda muito distante de uma interpretação uniforme (em certo sentido, o presente trabalho apenas se junta à cacofonia de ideias que há relação ao tema). Por um lado, dentre os não muitos casos em que o art. 79 foi discutido em casos de hardship, a maioria apontou que a CISG só lidaria com hipóteses de impossibilidade da performance, numa interpretação tida como superada pela maioria da doutrina. Contudo, recentemente tivemos um par de decisões de cortes expressivas indicando uma possível tendência de resolver a questão pelos Princípios do Unidroit, numa interpretação que veio a ser veementemente rechaçada pelo *CISG Advisory Council*.

Devido a este elevado grau de incerteza, as partes que entram em um contrato regido pela CISG agiriam com prudência se endereçassem a questão em uma das cláusulas do contrato. Deixar a questão ser resolvida pela CISG é apostar no acaso.

---

<sup>134</sup> Itália, Corte Distrital de Monza, Caso nº R.G. 4267/88, *Nuova Fucinati S.p.A. v. Fondmetall International A.B.*, 14 de janeiro de 1993, disponível em: <https://iicl.law.pace.edu/cisg/case/italy-january-14-1993-tribunale-district-court-nuova-fucinati-spa-v-fondmetall> (Acesso em 21/04/2021)

## BIBLIOGRAFFIA

AKSOY, Hüseyin Can. **Impossibility in Modern Private Law: A Comparative Study of German, Swiss and Turkish Laws and the Unification Instruments of Private Law.** 1. ed. Cham: Springer, 2014

ATAMER, Yesim, Art. 79. In KRÖLL, Stefan; MISTELIS, Loukas; VISCASILLAS, Maria del Pilar Perales. **UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods: A Commentary.** 2. ed. Munique; C.H Beck, 2018

AUDIT, Bernard, **La Vente Internationale de Marchandises. Convention des Nations Unies du 11 avril 1980.** 1. ed. Paris: LGDJ, 1990

BACH, Ivo. Art. 50. In KRÖLL, Stefan; MISTELIS, Loukas; VISCASILLAS, Maria del Pilar Perales. **UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods: A Commentary.** 2. ed. Munique; C.H Beck, 2018

BJÖRKLUND, Andrea. Art. 25. In KRÖLL, Stefan; MISTELIS, Loukas; VISCASILLAS, Maria del Pilar Perales. **UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods: A Commentary.** 2. ed. Munique; C.H Beck, 2018

BONELL, Michael Joachim. The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and CISG—Alternatives or Complementary Instruments?. **Uniform Law Review**, Vol. 1(1), p. 26-39, 1996

BORTOLOTTI, Fabio. “The Unidroit Principles and the arbitral tribunals”. **Uniform Law Review**, Vol. 5, p. 141-152, 2000

BRUNNER, Christoph. **Force Majeure and Hardship Under General Contract Principles : Exemption for Non-performance In International Arbitration.** 1. ed. Austin: Wolters Kluwer Law & Business, 2009

CAÑELLAS, Anselmo Martínez. **La Interpretación y la Integración de la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, de 11 de abril de 1980.** 1. ed.

Granada: Editorial Comares, 2004

CARLSEN, Anja. **Can the Hardship Provisions in the UNIDROIT Principles Be Applied when the CISG is the Governing Law?**. Pace Essay Submission, junho de 1998

DOUDKO, Alexei G. DOUDKO, Alexei G. Hardship in Contract: The Approach of the UNIDROIT Principles and Legal Developments in Russia. **Uniform Law Review**. Vol. 5(3), p. 483-509, 2000

FELEMEGAS, Jonh. Comparative Editorial Remarks on the Concept of Good Faith in the CISG and the PECL. **Pace International Law Review**, Vol. 13, p. 399-406, 2001

FERRARI, Franco/ GILLETTE, Clayton P./ TORSELLO, Marco/ WALT, Steven D. The Inappropriate Use of the PICC to Interpret Hardship Claims under the CISG. **Zeitschrift für das Recht des internationalen Warenkaufs und Warenvertriebs**, Vol. 3, p. 97-140, 2017

FLAMBOURAS, Dionysios. The Doctrines of Impossibility of Performance and Clausula Rebus SIC Stantibus in the 1980 Convention on Contracts for the International Sale of Goods and the Principles of European Contract Law - A Comparative Analysis. **Pace International Law Review**, Vol 13(2), p.261-293, 2001

GABRIEL, Henry. The Misplaced Reliance on Default Rules in International Sales Contracts. **Journal of Law & Commerce**, Vol. 38, p. 333-358, 2020

GALÁN-BARRERA, Diego Ricardo. La Integración de lagunas em la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías. In ALBÁN, Jorge Oviedo (ed.). **Obligaciones y Contratos en el Derecho Contemporáneo**. 1. ed. Bogotá: Biblioteca Jurídica DIKE, 2010

GAMA Jr., Lauro. A Sinergia entre a Convenção de Viena e os Princípios do Unidroit Relativos aos Contratos Comerciais Internacionais. in MOSER, Luiz Gustavo Meira / PIGNATTA Francisco Augusto (Coord.). **Comentários à Convenção de Viena Sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias (CISG)**. Rio de Janeiro: Atlas, 2017

GAMA Jr., Lauro. **Contratos Internacionais à luz dos princípios do UNIDROIT 2004: soft law, arbitragem e jurisdição**, 2006

GAMA Jr., Lauro. Prospects for the UNIDROIT Principles in Brazil. **Uniform Law Review**, Vol. 16, p. 613-656, 2011

GARRO, Alejandro M. Art. 79 CISG-UP. in FELEMEGAS, Jonh (ed.). **An International Approach to the Interpretation of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980) as Uniform Sales Law**. 1. ed. Nova York: Cambridge University Press, 2007

GARRO, Alejandro. Gap-Filling Role of the Unidroit Principles in International Sales Law: Some Comments on the Interplay Between the Principles and the CISG. **Tulane Law Review**, Vol. 69, p. 1149-1190, 1995

GOODE, Roy. International restatements of contract and English Contract Law. **Uniform Law Review**, Vol. 2, p. 231-248, 1997

GOTANDA, Jonh Y. **Using the UNIDROIT Principles to Fill Gaps in the CISG** (versão pré-publicação). 2007

HELLNER, Jan. Gap-Filling by analogy. Art.7 da UN Sales Convention in its Historical Context, in RAMBERG, Jan et al. (eds.), **Festskrift till Lars Hjernner: Studies in International Law**. 1. ed. Stockholm: Norstedts, 1990

HOFMANN, Nathalie. Interpretation Rules and Good Faith as Obstacles to the UK's Ratification of the CISG and to the Harmonization of Contract Law in Europe. **Pace International Law Review**, Vol. 22, p. 145-181, 2010

HONNOLD, John O. **Documentary History of the Uniform Law for International Sales: The Studies, Deliberations and Decisions That Led to the 1980 United Nations Convention with Introductions and Explanations**. 1.ed. Deventer: Kluwer law and taxation, 1989

HUBER, Peter. Art. 46. In KRÖLL, Stefan/ MISTELIS, Loukas/ VISCASILLAS, Maria del Pilar Perales (eds.). **UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods: A Commentary**. 2. ed. Munique; C.H Beck, 2018

ISHIDA, Yasutoshi. CISG Article 79: Exemption of Performance, and Adaptation of CISG Article 79: Exemption of Performance, and Adaptation of Contract Through Interpretation of Reasonableness? Full of Sound and Fury, but Signifying Something. **Pace International Law Review**, Vol. 30(2), p.331-382, 2018

KEILY, Troy. Good Faith and the Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG). **Vindobona Journal of International Commercial Law and Arbitration**, Vol. 3(1), p.15-40, 1999

KEPLAC, Lovro. **The Availability of a Hardship Defense under the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)**. Dissertação (mestrado em International Business Transactions) - Central European University. Budapeste, 2017

KESSEDJIAN, Catherine. Competing approaches to force majeure and hardship. **International Review of Law and Economics**, Vol. 25(3), p. 415-433, 2005

KOFOD, Rolf. **Hardship in International Sales: CISG and UNIDROIT Principles**. Tese (Doutorado), University of Copenhagen-Faculty of Law, Copenhagen, 2011

KUSTER, David; ANDERSEN, Camilla Baasch. Hardly Room for Hardship - A Functional Review of Article 79 of the CISG. **Journal of Law & Commerce**. Vol. 35(1), p.1-20, 2016

KWON, Youngjoon. Contract interpretation under Korean Law, in: CHEN-WISHART, Mindy; VOGENAUER, Stefan (eds.). **Studies in the Contract Laws of Asia – part III – Contents of Contracts and unfair terms**. 1.ed. Oxford: Oxford University Press, 2020

LINDSTRÖM, Niklas. Changed Circumstances and Hardship in the International Sale of Goods. **Nordic Journal of Commercial Law**, Vol. 1 de 2006, p. 2-29, 2006

LOOKOFISKY, Joseph. The Limits of Commercial Contract Freedom Under the UNIDROIT

'Restatement' and Danish Law. **American Journal of Comparative Law**, Vol. 46(3), p. 485-508, 1998

MAGNUS, Ulrich. **Staundinger Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen: Wiener UN-Kaufrecht (CISG)**. Berlin: Sellier-de Gruyter, 2018

NICHOLAS, Barry. Impracticability and Impossibility in the U.N. Convention on Contracts for the International Sale of Goods. In GALSTON, Nina M.; SMIT, Hans (eds.). **International Sales: The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods**. 1. ed. Nova York: Bender, 1984

PERILLO, Joseph M. Force majeure and hardship under the UNIDROIT principles of international commercial contracts. **Tulane Journal of International and Comparative Law**, Vol. 5, p. 5-28, 1997

PETSCHE, Markus. Hardship Under the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG). **Vindobona Journal of International Commercial Law and Arbitration**, Vol. 19, p. 147-170, 2015

PRADO, Mauricio. Novas Perspectivas do Reconhecimento e Aplicação do Harship na Jurisprudência Arbitral Internacional. **Revista Brasileira de Arbitragem**, Vol. 1, p. 32-60, 2004

PUELINCKX, Alfons H. Frustration, Hardship, Force Majeure, Imprevisión, Wegfall der Geschäftsgrundlage, Unmöglichkeit, Changed Circumstances-A Comparative Study in English, French, German and Japanese Law. **Journal of International Arbitration**, Vol. 3(2), p. 47-66, 1986

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 Convention on Contracts for International Sale of Goods 2000-2001**. 1. ed. Kluwer Law International, 2002

RODHE, Knut. Adjustment of Contracts on Account of Changed Conditions. **Scandinavian Studies in Law**, Vol. 3, 1959

SAIDOV, Djakhongir. Art. 73. In KRÖLL, Stefan; MISTELIS, Loukas; VISCASILLAS, Maria del Pilar Perales. **UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods: A Commentary**. 2. ed. Munique; C.H Beck, 2018

SCHEWENZER, Ingeborg. Force Majeure And Hardship in International Sales Contracts. **Victoria U. Wellington Law Review**, Vol. 39, p. 709-725, 2008

SCHEWENZER, Ingeborg/MUÑOSZ, Eduardo. Duty to renegotiate and contract adaptation in case of hardship. **Uniform Law Review**. Vol. 24, p. 149-174, 2019

SCHLECHTRIEM, Peter. Transcript of a Workshop on the Sales Convention, **Journal of Law & Commerce**, Vol. 18, p. 191-258, 1999

SCHLECHTRIEM, Peter/ BUTLER, Petra, **Un Law on International Sales**. Berlin: Sprienger, 2009

SCHNYDER, Anton K. /STRAUB, R. M. Art. 46, in HONSELL, Heinrich (ed.). **Kommentar zum UN-Kaufrecht - Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den Internationalen Warenkauf (CISG)**. 2. ed. Heidelberg: Springer, 2010

TALLON, Dennis. Art. 79. In BIANCA, Massimo; BONELL, Michael Joachim. **Commentary on the International Sales Law**. 1. ed. Milão: Giuffrè Editore, 1987

VALLEBELLA, Joaquín. La Excesiva Onerosidad en la Convención de Viena a Propósito de la Novedosa Jurisprudencia Sentada en el Caso “Scafom International”. **Revista Argentina de Derecho Comercial y de los Negocios**, Vol. 1, 2011.

VENEZIANO, Anna, UNIDROIT Principles and CISG: Change of Circumstances and Duty to Renegotiate according to the Belgian Supreme Court, **Uniform Law Review**, Vol. 15(1), p. 137-149, 2010



VISCASILLAS, Maria del Pilar Perales. Art. 7. In KRÖLL, Stefan; MISTELIS, Loukas; VISCASILLAS, Maria del Pilar Perales. **UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods: A Commentary**. 2. ed. Munique; C.H Beck, 2018

VISCASILLAS, Maria del Pilar Perales. Interpretation and gap-filling under the CISG: contrast and convergence with the UNIDROIT Principles. **Uniform Law Review**, Vol. 22, p. 4-28, 2017

WEITZMANN, Todd. Validity and Excuse in the U.N. Sales Convention. **Journal of Law & Commerce**, Vol. 16, p. 265-290, 1997

ZELLER, Bruno. Article 79 Revisited. **Vindobona Journal of International Commercial Law and Arbitration**, Vol. 14, p. 151-164, 2010

ZELLER, Bruno. **Four-Corners - The Methodology for Interpretation and Application of the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods**, 2003

ZIMMERMANN, Reinhard. The Law of Obligations: **Roman Foundations of the Civilian Tradition**. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 1996