

## AS CLÁUSULAS DE *HARDSHIP* E A QUEBRA DO PARADIGMA DA IMUTABILIDADE DO CONTRATO

**Luiz Gustavo Meira Moser**  
Graduando em Direito pela UFRGS

### I – Introdução

O contrato compreende um complexo feixe de direitos e obrigações, capitaneados por princípios norteadores, quais sejam, a liberdade de contratar, a força obrigatória do contrato, a eficácia relativa da convenção, além dos princípios trazidos pelo novo Código Civil, como a boa-fé objetiva, o equilíbrio econômico e a função social do contrato.

Mormente nos contratos de trato sucessivo, a complexidade de sujeitos envolvidos, bem como o objeto prestacional merecem uma tutela especial. Dentro desse contexto, encontram terreno fértil as cláusulas de readaptação contratual ou *hardship clauses*.

A cláusula de *hardship* comporta em seu bojo o fim precípua de salvaguardar o contrato, toda vez que um evento exterior e estranho às partes envolvidas promova uma ruptura tamanha capaz de impor um rigor injusto<sup>1</sup> a uma das partes. A finalidade cardinal e inarredável é a modificação ou ajuste da avença. A *hardship* atua sob a roupagem de um dever de renegociação, ambicionando o restabelecimento da economia do contrato, sem pôr em risco a segurança jurídica das disposições previamente pactuadas. Trata-se, pois, de uma exceção ou relativização da locução *pacta sunt servanda*. Tal parêmia é excepcionada para se eleger a concepção moderna do adágio *rebus sic stantibus*. Como salienta Ruy Rosado de Aguiar Jr:

---

<sup>1</sup> OPPETIT, Bruno. *L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances: la clause de hardship*. In: Journal du Droit International, nº 4, 1974. p. 797.

“(…) Não se pode hoje prescindir de certas regras flexibilizadoras do contrato, capazes de permitir o restabelecimento do equilíbrio entre as partes, e mesmo para garantir entre elas o princípio da autonomia da vontade.”<sup>2</sup>(grifamos)

O contrato como consenso, acordo de vontade, surgiu no Direito Romano, em um clima fortemente marcado por formalismo de inspiração religiosa. Desde a *mancipatio*,<sup>3</sup> solenidade na qual as obrigações das partes contratantes eram pesadas em pratos equidistantes, atestando a igualdade das prestações, vigorava fielmente a locução *pacta sunt servanda*. Posteriormente, com o advento do *ius gentium*<sup>4</sup>, em fins da República Romana, reconheceu-se a vontade como elemento-chave na formação dos negócios jurídicos, surgindo novos institutos tais como a *bona fides*<sup>5</sup>. A partir

---

<sup>2</sup> JUNIOR, Ruy Rosado de Aguiar. In: MARTINS-COSTA, Judith H. *O princípio da boa-fé*. AJURIS nº 50, p.218.

<sup>3</sup> O princípio da obrigatoriedade dos contratos já estava previsto há mais de 3500 anos, no Código de Hamurabi. No entanto, existia já uma exceção a tal princípio na lei 48:

“ *se alguém se obrigou por um obrigação que produz interesses( juros) e uma tormenta inundou seu campo e destruiu sua colheita, ou se, por falta de água, o trigo não nasceu no campo, nesse ano ele não dará trigo a seu credor, modificará sua tábua de contrato e não dará o interesse (juros) desse ano*”. Já se percebia, portanto, uma restrição à intangibilidade do contrato, toda vez que um evento alheio às partes promovesse um gravame rigoroso. Ver, neste sentido, AZEVEDO. Álvaro Villaça. *Teoria da Imprevisão e revisão judicial nos contratos*, In Revista dos Tribunais, v.733, 1996, p. 110. Ver também BITTAR FILHO, Carlos Alberto. *Teoria da Imprevisão: Sentido Atual*. In: Revista dos Tribunais, v. 679, 1992, p.19-20.

<sup>4</sup> É bem verdade que o *ius gentium* não representava uma entidade contraposta ao *ius civile* ou dela separada. Em sua essência, o *ius gentium* deriva do mesmo direito romano e não era distinto do vigente para os cidadãos romanos. Dele se diferenciava por não ser tão formalista como o que vigorava para os cidadãos. A característica basilar foi fundamentar o dever jurídico na *bona fides*, ou seja, na conservação da palavra dada, não mais na realização de uma formalidade jurídica. Eis a grande mudança de paradigma: fidelidade à palavra dada. Ver mais em CHURRUCA, Juan de. *Introducción histórica al Derecho Romano*. Bilbao: Universidad de Deusto, 1994, p. 170.

<sup>5</sup> A noção de boa-fé no Direito provém do mundo romano, embora os historiadores

de então o princípio da intangibilidade dos contratos perde força diante da cláusula *rebus sic stantibus*, embrião das *hardship clauses*.

## II – A *hardship* e o paradigma da imutabilidade contratual

### a) A intangibilidade do contrato

A imutabilidade contratual traduz a idéia da impossibilidade de alterar ou revisar o conteúdo do negócio celebrado entre as partes. Desde a época romana os contratos se perfectibilizavam sob a condição de formalidades rituais, palavras e gestos. Modificar o que fora anteriormente pactuado era algo impensável.

As novas necessidades, bem como os novos valores sociais, advindos do premente desenvolvimento do comércio e das demais atividades, clamavam por uma pronta solução que fosse condizente com a nova conjuntura social romana. Criou-se, então, para satisfazer aos anseios sociais, novos princípios e regras denominadas *ius gentium* e *ius honorarium*<sup>6</sup>. Nesse contexto surge a cláusula *rebus sic stantibus*<sup>7</sup>, instaurando um aparente maniqueísmo, uma vez que a

---

indiquem a sua maior ancianidade, uma vez que a mesma norma estaria ligada, segundo a tradição recolhida por Dionísio de Halicarnasso, à própria fundação de Roma, o que equivale a dizer que é tão antiga quanto a instituição da clientela, embora aí esteja registrada pelo seu valor antinômico *fraus* e não *fides*. Ver mais em MARTINS-COSTA, Judith H. *A boa-fé no Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. Judith Martins Costa faz a distinção entre o espectro de significados derogados à palavra *fides*. Dentre eles, três são os prismas semânticos basilares, quais sejam: a *fides sacra*, a *fides facta* e a *fides ética*. A *fides sacra* está documentada na Lei das XII Tábuas, no culto da deusa Fides e na análise dos poderes atribuídos ao *pater*. A *fides facta* remete à noção de garantia. Por fim, a *fides ética* implicaria o sentido de dever.

<sup>6</sup> TABORDA, Maren Guimarães. *A jurisprudência clássica romana e a construção de um direito negocial fundado na fides*. Estudos Jurídicos. V.34, n.91, 2001, p.29.

<sup>7</sup> Oriunda dos glossadores e reverenciada por Hugo Grócio e S. Pufendorf, a teoria da cláusula *rebus sic stantibus* implantou-se no direito comum através de Eberhard e outros. Ver mais em MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*, tomo XXV. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971. p. 217. Segundo Pontes de Miranda, aqueles que falam da *rebus sic stantibus* sem a reputar implícita ou tácita, ou, já um tanto forçadamente, como elemento que a lei impõe, desatendem a que a cláusula é manifestação de vontade e manifestação de vontade há de ser expressa em palavras

rigidez do princípio conservador e garantidor - *pacta sunt servanda* - é excepcionada, em uma palavra, subvertida pelo adágio *rebus sic stantibus*, em nome da justiça contratual. Embora o princípio da imutabilidade dos contratos seja fundamental, sobretudo no âmbito do direito obrigacional, os contratos estão sujeitos a fatores externos que lhes afetam a execução. A superveniência de fatos pode levar à quebra insuportável da equivalência<sup>8</sup>, fazendo com que as partes somente permaneçam vinculadas à avença se e quando as circunstâncias não alterarem substancialmente o contrato<sup>9</sup>.

A cláusula *rebus sic stantibus*, renovada no direito moderno sob o nome de teoria da imprevisão, tem importância, nas palavras de Arnoldo Wald, como conceito amortecedor ou válvula de segurança. É a idéia-força que limita a autonomia da vontade no interesse da comutatividade dos contratos, ou seja, com a finalidade de assegurar a equivalência das prestações.

Mormente os contratos de trato sucessivo estão condicionados à manutenção do atual estado das coisas. Nesse contexto, entra em cena a cláusula de *hardship*, entendida como uma cláusula *rebus sic stantibus*<sup>10</sup> mais evoluída e direcionada não à resolução contratual, mas sim à manutenção e longevidade dos contratos. Cláusulas fortemente impregnadas pelo senso de justiça contratual, segundo o qual ninguém contrata para experimentar prejuízos, são verdadeiras cláusulas-processo, uma vez que se perfaz

---

ou atos. Em vez disso, o que se viu foi a mais disparatada tentativa de formulação da teoria, com que, sem lei, se criasse regra jurídica sobre a base do negócio jurídico.

<sup>8</sup> MAIA, Paulo Carneiro. *Da cláusula rebus sic stantibus*. São Paulo: Saraiva, 1959. p. 18.

<sup>9</sup> É bem verdade que surgiram diversas teorias que refutaram o princípio da *rebus sic stantibus*, tais como a teoria da pressuposição de Windscheid, segundo a qual o contratante se obriga com a certeza da permanência de uma situação ou da ocorrência de um fato sem o qual não teria contratado. Falhando esse pressuposto o interessado poderia resolver o negócio. Tais teorias não são objeto de estudo do presente artigo.

<sup>10</sup> A lei Faillot marca uma nova etapa na história da cláusula *rebus sic stantibus* ou teoria da imprevisão, pois modificou as normas contratuais que tornaram a prestação de uma das partes excessivamente onerosa em virtude da guerra. Ver mais em WALD, Arnoldo. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p.252.

no decorrer da execução contratual. A *hardship* promove, pois, uma conciliação, uma verdadeira “simbiose” entre o interesse individual das partes e a necessidade social de manutenção do que fora anteriormente pactuado, sob a roupagem dos ideais de justiça e segurança, finalidades inarredáveis do Direito.

#### **b) O remédio jurídico para a longevidade contratual**

Pode-se traduzir *hardship* por “adversidade”, “infortúnio” ou mesmo “necessidade”. Tal cláusula prima por reduzir os danos que podem resultar a uma das partes toda vez que o contrato sofrer alterações estruturais em seu equilíbrio. Tratam-se, pois, de cláusulas flexibilizadoras, dotadas de dinamicidade, o que facilita a adaptação da avença<sup>11</sup>. Chegamos então à primeira característica das *hardship clauses*, qual seja, a flexibilidade<sup>12</sup>. Esse mecanismo autoriza aos contratantes redigirem a cláusula de modo a permitir a adaptação do contrato às circunstâncias que se põem no caso concreto. É elemento de construção da avença, uma vez que vai sendo moldado ao longo da execução contratual, tanto pelas partes, que negociarão as modificações de seu conteúdo, quanto pelos eventos perturbadores, os quais direcionarão o rumo das negociações. Vislumbra-se, portanto, a sobrevivência do contrato<sup>13</sup>. A flexibilidade comporta, no entanto, certos limites. A imprecisão não pode ser total, sob pena de

---

<sup>11</sup> SORNARAJAH, M. *Supremacy of the renegotiation clause in international contracts*. In: Journal of International Arbitration, v.5, n.2, 1988, p. 106.

<sup>12</sup> Harold Ullmann sinaliza as duas grandes vantagens evidentes da inserção da *hardship*: permissão a uma abordagem flexível no tratamento das circunstâncias imprevisíveis; e um plano de renegociação. Ullmann enfatiza também a questão da flexibilidade, ou “*souplesse*,” como vantagem evidente advinda da inserção de tal cláusula. Ver mais em ULLMANN, Harold. *Droit et Pratique des clauses de hardship dans le système juridique américain*. In: Revue de Droit et des Affaires Internationaux, n. 7, 1988, p. 890 e ss.

<sup>13</sup> As cláusulas de revisão do contrato, ao contrário das *hardship*, são geralmente estipuladas em função de uma das partes e restringem-se a um elemento do contrato (o preço). Também as cláusulas de escala móvel ou indexação se circunscrevem à manutenção do valor, operando em geral de maneira automática e cobrindo somente os riscos monetários. Ver, neste sentido, OPPETIT, Bruno., op. cit., p.795.

se tolerar o vago, o incerto. Os elementos essenciais da operação de readaptação devem ser determinados ou ao menos determináveis.

O critério da exterioridade<sup>14</sup> é também elemento-chave da *hardship*. O evento que desequilibrou o contrato deve fugir do controle razoável das partes. Assim, não se poderia razoavelmente prever a ocorrência de fatos que desequilibrem substancialmente a avença. A mudança deve resultar em fim fundamentalmente diverso daquele que tinha sido esperado.

O apelo à equidade delega uma coloração moral ao processo de readaptação contratual. Embora possa conter uma definição vaga e imprecisa, a equidade atua como sinalizadora do percurso da adaptação. Exerce, portanto, uma função corretiva toda vez que alguma das partes tente locupletar-se por meio da cláusula:

A ausência de automatismo é característica inovadora das cláusulas de readaptação: enquanto uma cláusula monetária opera, em regra, de maneira automática, sem a intervenção das partes ou de um juiz e resulta na substituição de uma nova prestação no lugar daquela que tornou-se iníqua, a cláusula de *hardship* não tem efeito automático. A *hardship* consiste, via de regra, em provocar uma renegociação do contrato, o rearranjo das disposições, quando se operar um desequilíbrio. Nesse mesmo sentido, o autor Regis Fabre define a *hardship* como uma cláusula de readaptação contratual que se desenvolve ao longo da execução contratual, “*une chose vivante*”<sup>15</sup>. Destaca-se a idéia da dinamicidade da cláusula, de algo que se transforma, perfaz-se ao longo da execução contratual.

### III – O dever de renegociar

#### a) A incidência da boa-fé objetiva

O princípio da boa-fé exerce função balizadora no campo de aplicação das cláusulas de *hardship*. Sobretudo na fase de condução da renegociação, a boa-fé, conjugada com os deveres anexos de

---

<sup>14</sup> OPPETIT, Bruno, op. cit., p. 801.

<sup>15</sup> FABRE, Regis. *Les clauses d'adaptation dans les contrats*. In: *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1983. p.1-30.

lealdade e cooperação entre as partes, deve ser levada em consideração como princípio norteador<sup>16</sup>. Boa-fé entendida objetivamente, não se exigindo a consciência das partes quanto ao enquadrar da conduta dentro de um dever genérico e despersonalizado.

A boa-fé subjetiva comporta a idéia naturalista, contrapondo-se à má-fé. Diz-se o estado de consciência caracterizado pela ignorância de estar lesando direitos ou interesses alheios<sup>17</sup>. O que temos na *hardship* é a incidência da boa-fé objetiva, ou seja, critério de interpretação dos negócios jurídicos e norma de conduta imposta aos partícipes do liame obrigacional. Exige-se uma atitude de lealdade e cooperação por parte dos sujeitos envolvidos na relação obrigacional, em uma palavra, um agir pautado, balizado pela boa-fé objetiva. Portanto, o sentido da boa-fé inserido na base da cláusula de *hardship* é nortear o teor da colaboração entre as partes.

O liame obrigacional que ata credor e devedor é visto como uma ordem de cooperação, polarizada pelo adimplemento, cujo escopo é a satisfação dos interesses de ambas as partes<sup>18</sup>. Portanto, os sujeitos que se reúnem para renegociar um contrato em função da cláusula de *hardship* previamente inserida no instrumento têm a compreensão da relação obrigacional como um laço colaborativo entre as partes e não mais como uma rígida polarização entre credor-devedor, reputados como antagônicos. As cláusulas de *hardship* tratam-se, pois, de “cláusulas-processo”, as quais se perfectibilizam, perfazem-se no decorrer da execução contratual, visando lograr o fim econômico-social do contrato afetado por evento perturbador. Uma vez reunidas as circunstâncias desencadeadores da *hardship*, impõe-se o dever de renegociar as disposições pactuadas na avença.

---

<sup>16</sup> COUTO E SILVA, Clóvis. V. *A obrigação como processo*. São Paulo, J. Bushatsky Editora, p. 36.

<sup>17</sup> MARTINS-COSTA, Judith H. *A reconstrução do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.612 et ss.

<sup>18</sup> *Ibidem*, p. 37.

### **b) Obrigação de meio ou resultado?**

A obrigação de renegociação da avença opera quando a execução do contrato depara-se com graves dificuldades de adimplemento. Essa obrigação impõe às partes que se aproximem e procurem, por meio de propostas e contrapropostas, encontrar uma solução para superar tais perturbações<sup>19</sup>.

Regra geral, a obrigação de renegociação recebe o tratamento de obrigação-meio. Ou seja, as partes devem conduzir a renegociação através do dispêndio dos maiores esforços e mecanismos possíveis para se chegar a um acordo, sempre pautadas e balizadas pela boa-fé objetiva. Portanto, bastam os esforços razoáveis das partes para que seja reputada como adimplida a obrigação-meio.

O eventual fracasso das negociações não implica infração dos sujeitos atados pela avença. Em contrapartida, muito se discute se a obrigação de dar início às renegociações não poderia ser considerada uma obrigação de resultado. Sob essa perspectiva, os sujeitos envolvidos no contrato se comprometem a iniciar a renegociação somente se o evento perturbador enquadrar-se nas hipóteses arroladas na cláusula. Dessa forma, a parte que não se dispusesse ou se esquivasse a iniciar a renegociação estaria violando, pois, uma obrigação de resultado, uma vez que se comprometeu, quando da celebração do contrato, a renegociar as disposições previamente acordadas. As partes estariam obrigadas ao resultado colimado na *hardship*, qual seja, o dever de renegociar.

É claro que as partes não estão adstritas a entrar num consenso quanto à readaptação. Eis aqui então a obrigação-meio de esmerar-se, dentro do razoável, para se chegar ao rearranjo da avença. No entanto, se o evento perturbador estiver flagrantemente arrolado na cláusula e uma das partes se opuser a renegociar o contrato, a parte estaria violando uma obrigação de resultado. Assim, entendemos que a *hardship* comporta em seu bojo também uma

---

<sup>19</sup> ALMEIDA PRADO, Mauricio de. *Novas perspectivas do reconhecimento e aplicação do hardship na jurisprudência arbitral internacional*. In: Revista Brasileira de Arbitragem, n.2, abr-jun 2004, p. 47.

obrigação de resultado, o que não significa dizer que o resultado é a readaptação contratual *strictu sensu*, já que na fase de negociações pode não haver um entendimento meridiano das partes.

#### IV – A *hardship* na prática contratual

##### a) Redação da Cláusula

Os eventos perturbadores inseridos nas cláusulas de *hardship* referem-se, no mais das vezes, a circunstâncias que possam produzir um desequilíbrio na economia contratual, e não a um evento excepcional ou episódico:

“Se, em seguida as circunstâncias de ordem econômica ou comercial supervenientes após a assinatura do contrato e fora das previsões normais das partes a economia das relações contratuais venham a ser modificadas a ponto de tornarem a execução de suas prestações prejudicial para uma das partes(..).”<sup>20</sup>.

As mudanças devem ser imprevisíveis no momento da formação do contrato, o que distingue a cláusula de *hardship* de outras, como as de revisão ou indexação. A redação da *hardship* inicia, via de regra, com a consequência do evento perturbador: “Dans le cas où la situation économique ou monétaire subirait des modifications...”; “En cas de modification fondamentale des circonstances ....”; “En cas de survenance d’événements imprevisibles ou exclus par les prévisions qu’ont admises les parties et qui auraient pour effet de bouleverser les bases économiques du présent marché.....”<sup>21</sup>

---

<sup>20</sup> COSTA, José A. F; NUSDEO, Ana Maria de O. *As cláusulas de força maior e de hardship nos contratos internacionais*. In: Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, n.97, 1995.p. 83.

<sup>21</sup> COSTA, José A. F; NUSDEO, Ana Maria de O., op. cit., , p. 193. “ Em caso de alteração da situação econômica ou monetária...”; “ Em caso de modificação

Algumas vezes opta-se por fazer menção a conseqüências específicas no deslinde da execução do contrato, tais como as perturbações do mercado ou a variação do preço do produto. Pressuposto não menos importante da *hardship* é a inserção de elementos objetivos e subjetivos. Utilizam-se critérios objetivos: *prejuízo material exagerado, ruptura da economia contratual, desequilíbrio das prestações, vantagem desproporcional*. Tais elementos representam função-limite, uma vez que circunscrevem os efeitos do evento perturbador a um conjunto determinado de hipóteses. Outras modalidades de *hardship* lançam mão de critérios subjetivos: *iniqüidade, injustiça, rigor injusto a uma das partes*.

As cláusulas de *hardship* podem ainda ser distinguidas entre restritivas e abertas. As restritivas limitam-se a um evento episódico e pontual, por vezes mais fácil de detectar ou interpretar. Em contrapartida, as cláusulas abertas inserem termos gerais, os quais demandam uma interpretação mais acurada.

Colacionamos um exemplo de cláusula de *hardship* restritiva:

“Si le prix du pétrole supporte une augmentation ou une baisse de plus de 6 francs par tonne, les parties devront se rencontrer afin de discuter la modification de ce prix”<sup>22</sup>

Percebe-se, a partir do exemplo acima, o condicionamento da readaptação contratual ao fator aumento ou diminuição do preço do petróleo numa margem X. Portanto, caso qualquer evento venha a produzir essa hipótese, as partes vão se reunir para uma readaptação. Já as cláusulas abertas fazem referência a uma terminologia muitas vezes indeterminada:

---

fundamental das circunstâncias”; “ Em caso de superveniência de eventos imprevisíveis, ou excluídos da previsão razoável das partes, que gerem um desequilíbrio econômico no mercado ...”. (tradução livre do autor).

<sup>22</sup> ULLMANN, Harold, op.cit., p. 891. “Se o preço do petróleo sofrer um aumento ou queda de mais de 6 francos por tonel, as partes deverão se reunir a fim de discutir a alteração do preço” (tradução livre do autor).

“Tout important déséquilibre établi, résultant de conditions économiques inhabituelles n’ayant pas été prévues par les parties à l’époque de l’exécution du contrat, peut être rectifié mutuellement par les parties”.<sup>23</sup>

Os termos empregados nas cláusulas de *hardship* abertas - modificação fundamental, desequilíbrio estabelecido - dão margem a um sem número de interpretações. É por esse motivo que se aconselha fortemente o máximo de detalhamento no momento da redação da cláusula, a fim de evitar eventuais problemas no caso de vocábulos demasiadamente vagos e imprecisos.

A verificação da hipótese arrolada na cláusula, bem como sua operacionalização guardam certas particularidades. Para suprir eventuais lacunas, algumas cláusulas remetem a constatação da hipótese ao instituto da arbitragem. Assim, a *hardship* conjugaria em sua redação uma cláusula compromissória:

“The prejudiced party may be request the other for a meeting to determine if said the occurrence has happened..if the seller and the buyer have not agreed within sixty day,s either party may require the matter to be submitted for arbitration...”.<sup>24</sup>

Pode ocorrer, no entanto, que as partes, mesmo renegociando o contrato de boa-fé, não consigam chegar a um acordo. Faz-se necessário, então, prever os meios de afastar o impasse. O recurso à arbitragem é muito utilizado para evitar a morosidade do judiciário.

---

<sup>23</sup> Ibidem, p. 892. “ Todo e qualquer desequilíbrio significativo, resultante de condições econômicas estranhas e não previstas às partes no momento da execução do contrato, deve este ser restaurado mutualmente pelas partes. “(tradução livre do autor).

<sup>24</sup> COSTA, José A. F ; NUSDEO, Ana Maria de O , op.cit., p. 85. “ A parte lesada deve solicitar a outra parte um encontro para definir se houve a ocorrência de evento perturbador.. se as partes não concordarem no prazo de 60 dias, qualquer das partes poderá requerer a apreciação da matéria pelo juízo arbitral. “(tradução livre do autor).

Também pode ser prevista a resolução contratual caso as partes não acordem em relação à readaptação:

“A défaut d’accord des parties dans um délai de...jours, à compter de la demande d’adaptation, chacune des parties aura la faculté de mettre fin au contrat, sans indemnité, moyennant um préavis de...jours à notifier par lettre recommandée ...”<sup>25</sup>

No que concerne à operacionalização da cláusula, a superveniência do evento perturbador desencadeia o seu funcionamento. Com o surgimento do evento, as partes são instadas a se comunicar, iniciando as negociações. Caso estas logrem o fim a que se destinam, temos a adaptação da avença. Do contrário, pode ocorrer a continuação da execução contratual no estado em que se encontra; a extinção do contrato; ou ainda a intervenção externa (juiz, *expert* ou árbitro, caso exista cláusula arbitral). Na última hipótese, decide-se pela adaptação, extinção ou continuação do contrato.

### **b) Recepção no Direito Brasileiro**

O legislador brasileiro autorizou, ainda que de forma tímida, a aplicação das *hardship clauses* no direito interno. A inovação levada a efeito pela redação do art. 316 do Código Civil Brasileiro é pontual: “*É lícito convencionar o aumento progressivo das prestações sucessivas*”.

A referência a *prestações sucessivas* demonstra tratar de contrato de execução diferida, onde o adimplemento se realiza continuamente no tempo, âmbito de aplicação das *hardship clauses*<sup>26</sup>.

---

<sup>25</sup> Ibidem, p. 193. “Na falta de acordo entre as partes no prazo de ... dias, a contar do pedido de adaptação, estas poderão resolver o contrato, sem indenização, mediante aviso prévio de ...dias, notificado por sedex. “ (tradução livre do autor).

<sup>26</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil*. São Paulo,

O dispositivo legal para aumentar progressivamente as prestações da avença permite que se convencie a majoração prestacional, tanto de forma pré-determinada nas disposições da avença, como submetida a hipóteses também arroladas no contrato, de modo a permitir a confecção de cláusula mais restritiva ou aberta. Aqui encontra guarida o dever de renegociar de boa-fé as disposições previamente pactuadas entre as partes. Percebe-se a idéia de salvaguarda do contrato, fundamento das cláusulas de readaptação. Portanto, a regra cominada no art. 316 do CCB traz em seu bojo a idéia latente da *hardship*.

Nessa mesma esteira, a boa-fé objetiva, a função social e o equilíbrio econômico do contrato, pilares do Direito Civil contemporâneo, trazem novos paradigmas para a teoria do contrato, os quais coabitam com os princípios clássicos da liberdade contratual, *pacta sunt servanda* e relatividade dos efeitos contratuais, contribuindo para o desenvolvimento da *hardship*.

#### **V – Considerações Finais**

Diante da complexidade de sujeitos envolvidos nas relações contratuais, fato que ocasiona a vulnerabilidade das circunstâncias subjacentes ao contrato, necessária se faz a adoção de cláusulas flexibilizadoras, a fim de salvaguardar o contrato celebrado entre as partes. As cláusulas de readaptação contratual imbuem-se de forte espírito solidarista e de cooperação mútua. A finalidade inafastável da *hardship* é a modificação ou ajuste contratual em decorrência de fatos supervenientes não previstos, sob o manto dos princípios da boa-fé objetiva, equidade e função social.

Depreende-se, a partir do entendimento esposado neste artigo, que a *hardship clause* afasta a concepção do contrato como uma relação estanque, intangível, em uma palavra, o contrato como interesses contrapostos. O paradigma da imutabilidade contratual cede espaço à noção de contrato como local de manifestação do interesse comum das partes. Nessa linha de entendimento, utiliza-se

---

Forense, 2003.

a *hardship*<sup>27</sup> para evitar a revisão da avença ou mesmo sua resolução via judicial, reforçando o binômio celeridade-efetividade na consecução das disposições cominadas no contrato, sem pôr em risco a sua sobrevivência.

#### **Referências Bibliográficas:**

AZEVEDO, ÁLVARO VILLAÇA. *Teoria da Imprevisão e revisão judicial nos contratos*. In: Revista dos Tribunais, v.733, p.109- 119.

ALMEIDA PRADO, Mauricio de. *Le hardship dans le droit du commerce international*. Thèse - Université Paris XII , 2001.

\_\_\_\_\_. *Novas perspectivas do reconhecimento e aplicação do hardship na jurisprudência arbitral internacional*. In: Revista Brasileira de Arbitragem, n.2, abr-jun 2004. p. 32-60.

BITTAR FILHO, Carlos Alberto. *Teoria da Imprevisão: Sentido atual*. In: Revista dos Tribunais, v.679, p.18- 29.

CHURRUCA. Juan de. *Introducción histórica al Derecho Romano*. Bilbao: Universidad de Deusto, 1994.

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

COUTO E SILVA. Clóvis Veríssimo do. *A obrigação como processo*. São Paulo: José Bushatsky editor, 1976.

FABRE, Regis. *Les clauses d'adaptation dans les contrats*. In:

---

<sup>27</sup> Os princípios UNIDROIT nos artigos 6.2.1 a 6.2.3 definem o conceito de *hardship*, contextualizam as partes envolvidas na avença e, por fim, disponibilizam um leque de possibilidades para se chegar ao fim almejado por ambas as partes.

Revue Trimestrielle de Droit Civil, n.82, 1983. p.1-30.

MAIA, Paulo Carneiro. *Da cláusula rebus sic stantibus*. São Paulo: Saraiva, 1959.

MARTINS-COSTA, Judith H. *A boa-fé no Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

\_\_\_\_\_. *Princípio da boa-fé*. In: AJURIS, n.50, p. 207-227.

\_\_\_\_\_. *Comentários ao Novo Código Civil*. São Paulo: Forense, 2003.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*, tomo XXV. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.

OPPETIT, Bruno. *L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances: la clause de hardship*. In: Journal du Droit International, n.4, oct-nov-dec, 1974. p. 794-814.

PHILIPPE, Denis M. *Les clauses relatives au changement de circonstances dans les contrats à long terme*. In: Le contrat à prestations successives, Bruxelles, Émile Bruylant, 1991, p. 159-205.

SORNARAJAH, M. *Supremacy of the renegotiation clause in international contracts*. In: Journal of International Arbitration, v.5, n. 2 (1998). P. 97-114.

TABORDA, Maren Guimarães. *A jurisprudência clássica romana e a construção de um direito negocial fundado na fides*. Estudos Jurídicos. b.34, n.91, 2001. p. 29.

ULLMANN, Harold. *Droit et pratique des clauses de hardship dans les système juridique américain*. In: RDAI, n.7, 1988. p. 889-904.

WALD, Arnaldo. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.