



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PARANÁ



**Adriana Gavazzoni Dourado**

**A Renegociação e a Adaptação  
do Contrato Internacional**

**Dissertação de Mestrado**

**Dissertação apresentada ao programa  
de Mestrado  
em Direito Econômico e Social**

**Orientador: Prof. Dr. João Bosco Lee**

**Curitiba, 23 de agosto de 2004**



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PARANÁ

**Adriana Gavazzoni Dourado**

**A Renegociação e a Adaptação  
do Contrato Internacional**

Dissertação apresentada como requisito para  
obtenção do grau de Mestre pelo Programa de  
Mestrado em Direito Econômico e Social da  
Puc-PR

**Prof. Dr. João Bosco Lee**  
Orientador  
Professor da Puc-PR

**Prof. Dr. Maurício Almeida Prado**  
Professor da FGV-SP

**Prof. Dr. Paulo Nalin**  
Professor da Puc-Pr

Curitiba, 23 de agosto de 2004.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial do trabalho sem autorização da universidade, da autora e do orientador.

### **Adriana Gavazzoni Dourado**

Graduou-se em Direito na Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná em 1991.

É pós-graduada em Direito Empresarial pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (2001).

#### Ficha Catalográfica

Dourado, Adriana Gavazzoni

A Renegociação e a Adaptação do Contrato Internacional/ Adriana Gavazzoni Dourado; Orientador: João Bosco Lee – Curitiba: PUC, Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, 2004.

Dissertação de Mestrado- Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Centro de Ciências Jurídicas e Sociais.

Inclui Referências Bibliográficas.

Introdução. 1. Renegociação e Adaptação Contratual. 2. Fundamentos Jurídicos para a Renegociação e Adaptação. 3. Procedimento de Renegociação e Adaptação Contratual. Conclusão.

## **Agradecimentos**

Ao meu orientador, Dr. João Bosco Lee, por toda ajuda, bons conselhos e inspiração para querer superar meus limites.

Ao meu marido, Antonio, pelo companheirismo, amor, afeto, constância e paciência.

À minha família, por me amar e entender minhas ausências. Sem ela eu jamais chegaria até aqui. Aos meus pais, Olmar e Nilse, que me incentivaram a seguir a carreira jurídica, meus exemplos de força e coragem. Ao meu irmão, Jackson, sempre companheiro, e à minha irmã, Daniele, ajuda inestimável e carinhosa de uma bioquímica para pesquisar na biblioteca da Universidade Columbia.

A Rachel, amiga, mestra, luz no caminho.

A Edna, pelo suporte sempre carinhoso e paciente.

## **RESUMO**

DOURADO, Adriana Gavazzoni. LEE, João Bosco (Orientador). **A Renegociação e a Adaptação do Contrato Internacional**. Curitiba, 2004. 230p. Dissertação de Mestrado - Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

O presente trabalho destina-se ao estudo dos contratos internacionais, no que concerne à sua preservação. Buscamos com esta pesquisa identificar e analisar as formas que existem para promover a salvação dos contratos por meio de sua renegociação e adaptação. Apresentamos o significado de cada um desses institutos – renegociação e adaptação – como podem ocorrer e quais suas conseqüências, as razões para renegociar e adaptar, os fundamentos jurídicos e doutrinários que permitem renegociar e adaptar os contratos. Também abordamos as diferentes formas de renegociação e adaptação, como a intervenção de terceiros, a arbitragem e a adaptação judicial. Por fim, apresentamos legislações que permitem a adaptação dos contratos pelas Cortes no mundo.

### **Palavras-chave:**

Contrato; Renegociação; Adaptação; Revisão; Equilíbrio; Hardship; Imprevisão; Força Maior.

## **ABSTRACT**

DOURADO, Adriana Gavazzoni. LEE, João Bosco (Advisor). **The Renegotiation and Adaptation of International Contract**. Curitiba, 2004. 230p. Dissertation. - Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

This work studies the preservation of international contracts. It seeks to identify and analyze existing ways to promote the preservation of contracts through renegotiation and adaptation. It defines renegotiation and adaptation and discusses how they can come about, their consequences, the reasons for employing them, and the legal and doctrinal bases that enable contracts to be renegotiated and adapted. It also looks at the various forms of renegotiation and adaptation such as third-party intervention, arbitration and judicial adaptation. Finally, it presents laws that permit courts around the world to adapt contracts.

### **Keywords**

Contract; Renegotiation; Adaptation; Revision; Balance; Hardship; Imprevisión, Force Majeure.

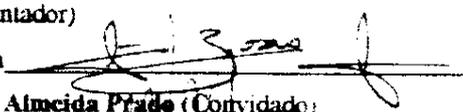


Pontifícia Universidade Católica do Paraná  
Centro de Ciências Jurídicas e Sociais

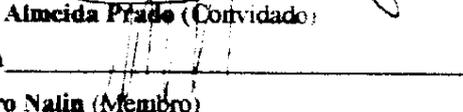
## ATA Nº 98 DA DEFESA E DISSERTAÇÃO DE MESTRADO EM DIREITO ECONÔMICO E SOCIAL DA ALUNA ADRIANA GAVAZZONI DOURADO

Aos vinte e três dias do mês de agosto do ano de dois mil e quatro realizou-se na Sala de Projeções II do CCJS as 10hs. Rua Imaculada Conceição, 1155, nesta Capital, a sessão pública de defesa da dissertação sob título "A Renegociação e Adaptação do Contrato Internacional", apresentada pela mestrandia Adriana Gavazzoni Dourado, Bacharel em Direito, ano de ingresso 2002, concluiu os créditos exigidos para obtenção do título de Mestre em Direito, segundo os registros constantes nos arquivos da Secretaria de Processamento de Dissertações e Teses da Pós-Graduação. Os trabalhos foram instalados pelo Prof. João Bosco Lee, Doutor em Direito Internacional pela Université de Paris II - Pantheon-Assas, Orientador e Presidente da Banca Examinadora, também constituída pelos seguintes professores: Mauricio Curvelo de Almeida Prado, Doutor em Direito pela Université Paris X Nanterre, França (convitado); Paulo Roberto Ribeiro Nalin, Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná (membro); Francisco Carlos Duarte, Doutor pela Universidade Federal de Santa Catarina (suplente). Procedeu-se a arguição pública e defesa do trabalho. Encerrada a fase os examinadores expediram o parecer final sobre a dissertação, que foi considerada aprovada, tendo sido atribuídas à candidata, as seguintes notas:

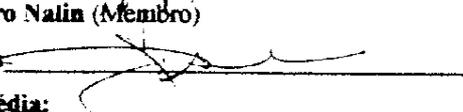
- Prof. Dr. João Bosco Lee (Orientador)

Nota: ( 9,5 ) assinatura 

- Prof. Dr. Mauricio Curvelo de Almeida Prado (Convitado)

Nota: ( 9,5 ) assinatura 

- Prof. Dr. Paulo Roberto Ribeiro Nalin (Membro)

Nota: ( 9,5 ) assinatura 

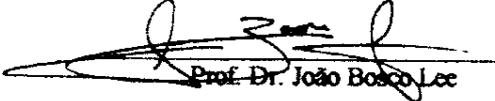
A candidata foi aprovada com a média:

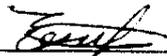
( 9,5 ) conceito: ( A )

Assinatura do Presidente da Banca Examinadora 

Proclamados os resultados pelo Prof. Dr. João Bosco Lee, Presidente da Banca Examinadora foram encerrados os trabalhos, e para constar eu Eva de Fátima Curvelo, confiro e assino a presente ata juntamente com os membros da Banca Examinadora.

Curitiba, 23 de agosto de 2004.

  
Prof. Dr. João Bosco Lee

  
Eva de Fátima Curvelo - Secretária



# SUMÁRIO

<b>1. Introdução</b>	<b>1</b>
<b>CAPÍTULO I - A RENEGOCIAÇÃO E A ADAPTAÇÃO CONTRATUAL</b>	<b>5</b>
<b>1.1 A Renegociação</b>	<b>5</b>
1.1.1 O que significa renegociar e a que se Destina	5
1.1.2 A dificuldade terminológica	5
1.1.3 Diferença entre negociação e renegociação	6
1.1.4 O que leva à necessidade de renegociar	7
1.1.5 Renegociar é a melhor opção para as partes	8
1.1.6 O custo de uma ruptura	10
1.1.7 Como pode ocorrer a renegociação	11
1.1.8 Conseqüências da renegociação	15
<b>1.2 Adaptação Contratual</b>	<b>16</b>
1.2.1 Definição	16
1.2.2 Denominação	16
1.2.3 Razões para adaptar	17
1.2.3.1 Adaptar para ampliar e melhorar os contratos	17
1.2.3.2 Adaptar em virtude do imprevisto e do desequilíbrio	17
1.2.3.3 Adaptar para evitar conflitos	18
1.2.3.4 Adaptar em nome da boa-fé, equidade e cooperação contratual	19
1.2.4 Como pode ser feita a adaptação	23
1.2.4.1 Cláusulas contratuais	23
1.2.4.2 Vontade das partes	24
1.2.4.3 Adaptação admitida em lei ou convenções	24
1.2.4.4 Adaptação pelas partes vista pelo Judiciário	25
<b>CAPÍTULO II - FUNDAMENTOS JURÍDICOS PARA A RENEGOCIAÇÃO E ADAPTAÇÃO</b>	<b>28</b>
<b>2.1 A Cláusula Rebus Sic Stantibus</b>	<b>28</b>
2.1.1 Definição	28
2.1.2 Histórico	29
2.1.3 divergências com o princípio <i>pacta sunt servanda</i>	32
2.1.4 Condições para requerer a proteção da cláusula	36
2.1.5 Quem pode solicitar a aplicação da cláusula <i>rebus sic stantibus</i>	38
2.1.6 Espécies de contrato em que a cláusula poderá incidir	38
<b>2.2 Teoria da imprevisão</b>	<b>41</b>
2.2.1 Definição	41
2.2.2 Teoria da imprevisão e cláusula rebus sic stantibus	42
2.2.3 Requisitos para a imprevisão	45
2.2.3.1 Do risco	45
2.2.3.2 O Tempo	47
2.2.3.3 Alteração das circunstâncias e da vontade das partes	49
2.2.3.4 Excessiva onerosidade e a imprevisibilidade	50
2.2.3.5 Admissão legal ou jurisprudencial da teoria	51

2.2.4 Quem pode recorrer à teoria da imprevisão	52
2.2.5 O que se pode denominar imprevisível	53
2.2.6 Aplicabilidade da teoria da imprevisão	54
<b>2.3 A Força Maior</b>	<b>55</b>
2.3.1 Introdução	55
2.3.2 Conceito	56
2.3.3 Finalidade da cláusula	58
2.3.4 Características da força maior	60
2.3.4.1 Evento estranho ao devedor	61
2.3.4.2 Ausência de responsabilidade/falta de concurso do devedor	61
2.3.4.3 Imprevisibilidade	62
2.3.4.4 Irresistibilidade/Inevitabilidade	63
2.3.4.5 Impossibilidade	64
2.3.4.6 As Características da força maior na arbitragem	65
2.3.5 Requisitos para aplicação da cláusula de força maior	67
2.3.5.1 Notificação	67
2.3.5.2 Da Prova	70
2.3.6 Conseqüências da ocorrência da força maior	71
2.3.6.1 Término do contrato por força maior	71
2.3.6.2 Exoneração do devedor	72
2.3.6.3 Suspensão dos contratos	72
2.3.6.4 Possibilidade de renegociação e adaptação	73
2.3.7 A cláusula de força maior	75
2.3.7.1 Estruturação da cláusula	75
2.3.8 A lei do contrato e a força maior	81
2.3.9 A força maior nas legislações dos países e nas convenções internacionais	82
<b>2.4 Hardship</b>	<b>90</b>
2.4.1 Introdução	90
2.4.2 Definição da cláusula de <i>hardship</i>	93
2.4.3 Caráter evolutivo aos contratos	94
2.4.4 Características ou elementos da cláusula	95
2.4.4.1 Imprevisibilidade	96
2.4.4.2 Exterioridade	98
2.4.4.3 Desequilíbrio	98
2.4.4.4 Tempo	99
2.4.5 Conteúdo e objeto da cláusula	100
2.4.6 A obrigação de renegociar	102
2.4.6.1 Obrigação de meio	103
2.4.7 Ausência de acordo na renegociação	104
2.4.7.1 Intervenção de terceiros para obter a adaptação	106
2.4.7.2 Recurso à arbitragem ou ao judiciário	106
2.4.8 Parâmetros para utilização da cláusula	107
2.4.9 Procedimento para utilização da cláusula de <i>hardship</i>	109
2.4.10 O contrato durante a renegociação	111
2.4.11 Razões pelas quais as partes optam por uma cláusula de <i>hardship</i>	111
2.4.12 Desaparecimento da <i>hardship</i>	112
2.4.13 Confusão entre <i>hardship</i> e força maior	113
2.4.14 Proximidade com a teoria da imprevisão	114
2.4.15 Ausência da cláusula de <i>hardship</i>	115

<b>2.5 Frustração ou <i>Frustration</i></b>	<b>117</b>
2.5.1 Introdução	117
2.5.2 Requisitos	118
2.5.3 Admissão da teoria	119
2.5.4 Efeito da frustração	120
2.5.6 <i>Frustration</i> no direito americano	121
2.5.7 <i>Frustration</i> no direito argentino	122
2.6 Algumas cláusulas de adaptação automática	123
2.6.1 Introdução	123
2.6.2 Cláusula de escala móvel, reajuste de preços ou indexação	125
2.6.3 Cláusula do cliente mais favorecido	127
2.6.4 Cláusulas de impostos e de estabilização	129
2.6.4.1 Cláusulas de impostos - <i>tax clauses</i>	129
2.6.4.2 Cláusulas de estabilização - <i>stabilization clauses</i>	130
2.6.5 Abuso de direito ou enorme lesão	130
<b>CAPÍTULO III - PROCEDIMENTO DE RENEGOCIAÇÃO E ADAPTAÇÃO CONTRATUAL</b>	<b>132</b>
<b>3.1 A Renegociação Contratual Pelas Partes</b>	<b>132</b>
3.1.1 Introdução	132
3.1.2 Estilos de negociação	133
3.1.2.1 Estilo competitivo	133
3.1.2.2 Estilo cooperativo	134
3.1.3 Os negociadores	135
3.1.4 Delineando o procedimento	136
<b>3.2 A Adaptação E Renegociação Por Intervenção De Terceiros</b>	<b>138</b>
3.2.1 Introdução	138
3.2.2 Como pode ser feita a intervenção	138
3.2.2.1 A vontade das partes e as cláusulas contratuais	138
3.2.3 Modalidades de intervenção	140
3.2.3.1 Conciliação	140
3.2.3.1.1 Conciliação antes ou durante a arbitragem	142
3.2.3.1.2 A conciliação predeterminada	142
3.2.3.2 Mediação	144
3.2.3.2.1 O mediador e seu papel	144
3.2.3.2.2 Diferença entre conciliação e mediação	146
3.2.3.2.3 Vantagens da mediação	147
3.2.3.2.4 Regras predeterminadas de mediação	148
3.2.4 Med-arb	149
3.2.4.1 Co-med-arb	150
3.2.5 <i>Minitrial e rent-a-judge</i>	151
3.2.5.1 <i>Minitrial</i>	151
3.2.5.2 <i>Rent-a-judge</i>	152
3.2.6 <i>Expertise</i>	152
3.2.7 As regras de adaptação contratual da cci	154
3.2.8 Sucesso e o fracasso da intervenção de terceiros na adaptação e na renegociação	155
<b>3.3 A Arbitragem</b>	<b>155</b>
3.3.1 Introdução	155
3.3.2 O que é a arbitragem	156

3.3.3 A cláusula arbitral – cláusula compromissória	156
3.3.4 Arbitragem <i>ad hoc</i>	158
3.3.5 Arbitragem institucional	158
3.3.6 Os poderes do árbitro em adaptar o contrato	159
3.3.6.1 Adaptação por meio da “amiable composition”	161
3.3.7 O retorno à renegociação e adaptação pelas partes durante a arbitragem	167
3.3.8 As vantagens da arbitragem	168
<b>3.4 Adaptação pelo Juiz</b>	<b>169</b>
3.4.1 Introdução	169
3.4.2 Existência de disposição contratual para renegociação e adaptação e recusa das partes em fazê-lo	170
3.4.3 Escolha das cortes para dirimir controvérsias	172
3.4.3.1 A escolha do foro	172
3.4.3.2 <i>Fórum shopping</i>	173
3.4.3.3 Cuidados ao escolher o foro	174
<b>3.5 Legislações nacionais e possibilidade de adaptação pelo judiciário</b>	<b>175</b>
3.5.1 Introdução	175
3.5.2 A adaptação e a revisão na europa	176
3.5.2.1 França	176
3.5.2.2 Bélgica	180
3.5.2.3 Alemanha	180
3.5.2.4 Espanha	183
3.5.2.5 Suíça	183
3.5.2.6 Itália	184
3.5.2.7 Portugal	186
3.5.2.8 Polônia	187
3.5.3 Países de <i>common law</i>	187
3.5.3.1 Inglaterra	187
3.5.3.2 Estados Unidos da América	188
3.5.4 Imprevisão no direito muçulmano	190
3.5.4.1 Egito	191
3.5.4.2 Jordânia	192
3.5.4.3 Algéria	192
3.5.4.4 Outros países do oriente médio que permitem a adaptação em sua legislação	193
3.5.5 Adaptação e revisão na América Latina	193
3.5.5.1 Argentina	194
3.5.5.2 Bolívia	196
3.5.5.3 Brasil	197
3.5.5.4 Paraguai	202
3.5.5.5 Peru	203
3.5.5.6 Uruguai	203
3.5.5.7 Chile	204
3.5.6 América Central – o México	204
<b>3.6 A Revisão E A Adaptação Obtidas No Judiciário</b>	<b>205</b>
3.6.1 Vantagens e desvantagens de se recorrer ao judiciário	205
<b>3.7 Outra Possibilidade de Recurso ao Judiciário – O Juiz Como Conciliador</b>	<b>208</b>
3.7.1 Exemplos de algumas legislações que admitem o juiz como	

mediador	208
3.7.1.1 Argentina	208
3.7.1.2 Brasil	209
3.7.1.3 Bolívia	210
3.7.1.4 Chile	211
3.7.1.5 França	212
3.7.1.6 Itália	213
3.7.1.7 Uruguai	214
<b>3.8 Retorno à Mesa de Negociações após Recurso ao Judiciário</b>	<b>214</b>
<b>Conclusão</b>	<b>216</b>
<b>Referências Bibliográficas</b>	<b>219</b>

## INTRODUÇÃO

Se, pois, para as coisas que fazemos existe um fim que desejamos por ele mesmo e tudo o mais é desejado no interesse desse fim.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômano*

Contratar é desejar.

Contratar é juntar esforços no sentido da materialização de vontades, para a concretização de objetivos, na busca por resultados.

Há sempre um propósito no ato de contratar. Qualquer seja a espécie do contrato, têm os envolvidos a firme intenção de realizar algo, e é na busca desse fim que o contrato é arquitetado e ganha forma. É na intenção de que o desejo se torne realidade que os contratantes devem concluir seus negócios e neles permanecer até a consecução de seus intentos.

Antes de iniciarmos a abordagem da renegociação e adaptação contratual, devemos nos remeter, para uma breve recordação, ao início do contrato, ao momento de sua negociação, quando as partes, cheias de planos e intenções de toda a sorte, começam a cortejar-se e a intercambiar propostas, no princípio de discussões e debates para possibilitar as bases do negócio jurídico.

Cada um dos contratantes adentra a negociação com objetivos próprios, e ao longo dela procura-se o encontro das razões e interesses comuns para se chegar a um resultado satisfatório a ambos, atendendo, com razoável equilíbrio, às suas aspirações.

Não se quer dizer com isso que seja fácil para as partes transigir, desistir de certas intenções e obter um contrato. As dificuldades para se chegar a esse compromisso são inúmeras, principalmente em contratos internacionais.

Existem diversas teorias jurídicas para conceituar contrato internacional, e não foi possível, até hoje, encontrar um conceito único para o tema, mas não nos cabe aqui fazer um estudo aprofundado nesse sentido. De forma simples, apenas para referência inicial, adotando a conceituação clássica apresentada por Antoine Kassis, podemos dizer que contrato internacional é aquele que, “por certos elementos (nacionalidade, domicílio das partes, lugar de conclusão, lugar

de execução, localização do seu objeto), apresenta pontos de contato e comporta ligações com mais de um sistema jurídico nacional”<sup>1</sup>.

Normalmente, a negociação, porque se encontram envolvidos os elementos acima citados, é complexa. Nela estão envolvidos aspectos diversos, tais como nacionalidades, regimes políticos e econômicos diferentes, multiplicidade de legislação, distâncias relevantes, moedas, enfim, fatores que tornam a negociação muito mais árdua do que um contrato nacional.

Quando se trata de contratos de maior duração e com valores mais elevados, as discussões anteriores à sua elaboração são inúmeras, longas, custosas, até que se chegue a um texto final, pronto para ser assinado, fruto do acordo entre as partes, voltado para fins mútuos, não mais apenas à realização do objetivo de um dos participantes.

Considerando o tempo de debate que é empregado para se estabelecerem as cláusulas contratuais, por que precisaríamos estudar a possibilidade da renegociação e da adaptação contratual? Por uma razão muito simples: não é possível prever ou controlar tudo.

O método cartesiano<sup>2</sup> nos ensina a bem aceitar esse fato, quando apregoa devermos nos acostumar a “crer que nada há que esteja inteiramente em nosso poder, exceto nossos pensamentos, de sorte que, depois de termos feito o melhor possível no tocante às coisas que nos são exteriores, tudo em que deixamos de nos sair bem é, em relação a nós, absolutamente impossível”<sup>3</sup>.

Ainda que a cautela esteja presente em toda a negociação e redação contratual, mesmo que a confecção do contrato esteja rodeada de todo o zelo e da melhor técnica existente, não há forma de se vislumbrar cada momento da “vida” do contrato, o que irá ocorrer após a sua assinatura, a que intempéries estará sujeito, qual é o curso que a história seguirá e como isso poderá abalar as relações contratuais.

O máximo que os negociadores e contratantes conseguem é imaginar e se acautelar contra certas surpresas, mas seria supor poderes sobre-humanos exigir

<sup>1</sup> “[...] par certains éléments (nationalité, domicile des parties, lieu de conclusion, lieu d’exécution, localisation de sont objet) présente des points de contact, comporte des liens avec plus d’un système juridique national. (KASSIS, Antoine. **Le nouveau droit européen des contrats internationaux**. Paris: L.G.D.J., 1993, p. 53.

<sup>2</sup> “Pertencente ou relativo a Descartes ou ao cartesianismo. Diz-se da maneira de considerar um fenômeno ou um conceito, isolando-os da totalidade em que aparecem”. Dicionário Aurélio Eletrônico Século XXI. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

<sup>3</sup> DESCARTES, René. **Discurso do método**. São Paulo: Abril Cultural, 1973, Tomo XV, p. 52.

que soubessem de tudo e, assim, pudessem redigir um contrato perfeito e acabado, cujo percurso estivesse absolutamente traçado.

O futuro é uma incógnita. Vivemos uma realidade impermanente. Parece não haver opinião discordante quanto a isso. Ainda não há nenhum invento, humano ou divino, capaz de alterar esse fato e de dar aos homens a certeza sobre o amanhã, permitindo-lhes a realização de termos contratuais que possam abarcar todas as situações que venham a ocorrer. Talvez se houvesse uma engenhoca com tais possibilidades, prever-se-ia o comportamento dos contratantes, e não se faria mais necessário contratar por escrito, voltando a palavra a ser o contrato necessário e absoluto entre as partes.

A realidade é outra e é com ela que temos que trabalhar, com a dificuldade de negociar todas as contingências em uma economia dinâmica<sup>4</sup>, e com a possibilidade de que as partes, ao longo do contrato, precisem novamente negociar seus termos, para readaptá-los e fazer com que o contrato retome seu curso rumo aos objetivos inicialmente desejados.

Encerrar as negociações não significa ter um contrato acabado.

O que se pode apreciar na contratação internacional é o surgimento, durante a execução de contrato, de conflitos e de alterações circunstanciais que modifiquem o curso deste, diferenciando-o do que as partes pretendiam ao contratar.

Esses fatores, indicados por alterações conjunturais das mais variadas espécies, sobretudo políticas e econômicas, podem determinar o encaminhamento das partes a um conflito insolúvel e a uma ruptura contratual, aniquilando seus objetivos, o que não é desejado por nenhum contratante.

Contratar, já mencionamos, é o desejo das partes de unir esforços para alcançar certos objetivos. Assim, salvo patente má-fé, que não temos interesse em tratar no presente estudo, as partes buscam a conclusão do contrato com o alcance de seus objetivos; não desejam, em nenhum momento, um término em disputas antes da realização de suas metas.

Para preservar contratos comprometidos em sua essência, que se descubram incompletos em seus termos, ininteligíveis, que, em virtude de um evento qualquer, se tornem desequilibrados e injustos, surge para as partes o

---

<sup>4</sup> HUNTER, Howard O. Commentary on 'The Renegotiation of Contracts'. *Journal of Contract Law*, Sydney: Butterworths, v. 13, n. 3, Nov. 1998, p. 205.

caminho de rever seus pactos e de adaptá-los para possibilitar as condições inicialmente previstas.

É nesse sentido que decidimos elaborar o presente estudo, para possibilitar a identificação e a análise nas legislações e práticas, sejam de âmbito estatal ou internacional, das formas que existem para promover a salvação dos contratos por meio de sua renegociação e adaptação, de quais recursos legais os contratualistas podem fazer uso para garantir a redação de contratos flexíveis, capazes de atingir, sob quaisquer circunstâncias, seus objetivos, amoldando-se às ocorrências, e não sucumbindo a elas.

Por fim, por meio de nosso estudo, pretendemos avaliar quais são os melhores mecanismos de preservação contratual entre aqueles analisados, salvaguardando os contratantes das contingências ocasionais e auxiliando-os na realização de seus propósitos com o máximo de legitimidade.

# CAPÍTULO I - A RENEGOCIAÇÃO E A ADAPTAÇÃO CONTRATUAL

## 1.1 A RENEGOCIAÇÃO

### 1.1.1 O QUE SIGNIFICA RENEGOCIAR E A QUE SE DESTINA

Renegociação é o retorno das partes ao diálogo, a tentativa de entendimento, não mais para elaborar termos, mas, sim, com vistas a adaptá-los, a modificá-los: “Revisar un contrato es volver a verlo, a estudiarlo, en conveniencias y perjuicios, ventajas y riesgos”<sup>5</sup>.

É a possibilidade que as partes têm, de comum acordo, conjugando esforços, transigindo bilateralmente, de rever suas obrigações, sob a luz das alterações que o tempo trouxe ao seu negócio, permitindo, assim, a “readequação das condições contratuais, para que possa o instrumento ser executado até o final”<sup>6</sup>.

A finalidade maior da renegociação é, sem sombra de dúvida, a obtenção da adaptação contratual e, a partir dela, a continuação do negócio pelas partes.

### 1.1.2 A DIFICULDADE TERMINOLÓGICA

Por estarmos abordando a contratação internacional, que abriga em seu bojo nacionalidades, culturas, línguas, histórias e legislações das mais variadas, sempre que falamos do tema “renegociação”, encontramos-nos diante de uma pluralidade criativa de termos para designar esse trajeto contratual, conforme bem ressalta Norbert Horn:

---

<sup>5</sup> ITURRASPE, Jorge Mosset; FALCÓN, Enrique M.; PIEDECASAS, Miguel A. **La frustración del contrato y la pesificación**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2002, p. 113.

<sup>6</sup> GRANZIERA, Maria Luiza Machado. **Contratos internacionais: negociação e renegociação**. São Paulo: Ícone, 1993, p. 98.

A linguagem dos contratos comerciais transnacionais com respeito à modificação contratual está caracterizada por uma confusa variedade de termos parcialmente idiossincráticos como “adaptação”, “ajuste”, “modificação”, “renegociação”, “revisão”, “reestruturação”, “re-agendar”, “conciliação” e “acordo”<sup>7</sup>.

Ainda que queiram se referir a procedimento idêntico ou fórmula similar, os termos não são sinônimos, mas, em muitos casos, fazem referência ao mesmo tipo de situação ou, ao menos, à mesma finalidade.

As denominações “renegociação”, “revisão”, “conciliação”, entre tantas outras, têm em comum a finalidade de adaptar, ajustar, modificar o contrato, sendo o procedimento necessário para se obter a reestruturação dos contratos<sup>8</sup>.

### 1.1.3 DIFERENÇA ENTRE NEGOCIAÇÃO E RENEGOCIAÇÃO

Para podermos diferenciar os termos “negociação” e “renegociação”, vejamos primeiramente o significado vocabular do termo “negociação”:

Do latim *negotiatio*, de *negotari* (comerciar, fazer comércio, traficar), é comumente empregado para designar a discussão ou estudos feitos acerca de um *negócio* ou de um *contrato*, preliminarmente, para que, por eles, se chegue a um acordo e se tenha por concluído ou fechado o *negócio* ou o *contrato*<sup>9</sup>.

A renegociação, já mencionamos, significa voltar sobre os termos acordados, revendo-os, discutindo-os novamente, ampliando-os ou amputando-os.

Muitas diferenças existem entre os dois termos, mas, fundamentalmente, a negociação parte do novo, do inexistente, de idéias e projetos, para se chegar a algum lugar, para se elaborar um contrato; e a renegociação ocorre sobre algo materialmente já concretizado, para redirecioná-lo.

Nas negociações, caso haja desvantagem para um dos contratantes, ou por qualquer outro motivo, ainda que não justificado ou justificável, as partes

<sup>7</sup> “The language of transnational commercial contracts with respect to contract modification is characterized by a confusing variety of partially idiosyncratic terms such as ‘adaptation’, ‘adjustment’, ‘modification’, ‘renegotiation’, ‘review’, ‘restructuring’, ‘rescheduling’, ‘conciliation’ and ‘settlement’” (HORN, Norbert. **Adaptation and renegotiation in international trade and finance**. Deventer: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1985, p. 7).

<sup>8</sup> HORN, Norbert. Ob. cit., p. 9.

<sup>9</sup> DE PLÁCIDO E SILVA. **Vocabulário jurídico**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 238.

podem decidir não contratar, paralisar seus intentos e não prosseguir em seus objetivos. Nenhuma consequência maior advirá disso (salvo legislações que admitem um pré-contrato e responsabilidades sobre este, o que não é o caso agora discutir).

Essa possibilidade não está presente na renegociação. As partes já se encontram legalmente vinculadas e não são livres para finalizar os diálogos e dar por encerrados os debates<sup>10</sup> sem que isso traga consequências, que podem ser graves, que podem significar o rompimento do contrato com todas as suas consequências.

#### 1.1.4 O QUE LEVA À NECESSIDADE DE RENEGOCIAR

Ainda que a modificação conjuntural possa ocorrer a qualquer espécie de contrato, aqueles que são mais vulneráveis a alterações são os que se protraem no tempo, com execução diferenciada do momento de sua conclusão, dependentes do futuro, que, conforme mencionamos no início, não há forma de prever. Nesse sentido a manifestação de Jean Michel Jacquet:

Qualquer contrato devendo ser executado em uma longa duração está sujeito à modificação de certas circunstâncias de forma a tornar a execução muito mais onerosa para um dos contratantes e até mesmo a tornar a execução, temporária ou definitivamente, impossível<sup>11</sup>.

As circunstâncias com base nas quais o contrato foi pactuado se alteram, os regimes políticos sofrem modificações e, com estas, as economias flutuam, preços sobem, índices inflacionários disparam, moedas se desvalorizam, empresas aparentemente sólidas se dissolvem, enfim, um sem-número de surpresas pode se apresentar durante a execução dos contratos. Opina também nesse esteio Judith Costa:

---

<sup>10</sup> STOEVER, William A. **Renegotiations in international business transactions**. Toronto: Lexington Books, 1981, p. 317.

<sup>11</sup> “Tout contrat devant s'exécuter sur une longue durée est sujet à la modification de certaines circonstances de nature à rendre l'exécution beaucoup plus onéreuse pour l'un des contractants, voire même à en rendre l'exécution temporairement ou définitivement impossible” (JACQUET, Jean-Michel. **Le contrat international**. 2. ed. Paris: Dalloz, 1999, p. 113).

Os fatores que levam ao desequilíbrio são os mais diversos: crises econômicas ou sociais, e hoje, entre nós, notadamente os atos governamentais interventivos, os planos produzidos em gabinetes por economistas e chancelados pelas autoridades públicas, que vêm incidir, direta ou reflexamente, na *economia do contrato*. Estes, como se sabe, são, em regra, imprevisíveis<sup>12</sup>.

Alguns desses fatores terão um impacto direto sobre o contrato, causando-lhe alterações profundas; outros trarão apenas pequenos reflexos ou mudanças na obrigação de uma das partes somente; e, com sorte, muitos passarão ao largo e não incidirão sobre os contratos.

Repetimos, não há modo de livrar um contrato permanentemente dos efeitos dessas alterações e, “uma vez que nenhum contrato está imune aos caprichos do mercado, todos os contratos são sujeitos potenciais para renegociação”<sup>13</sup>.

### 1.1.5 RENEGOCIAR É A MELHOR OPÇÃO PARA AS PARTES

Havendo mudanças que afetem o contrato, ou a obrigação de uma das partes, aumentando-a, tornando, assim, o contrato desequilibrado, abrem-se para as partes algumas possibilidades, como a intervenção de terceiros ou a subsunção do litígio a uma corte estatal, as quais serão analisadas detalhadamente durante este estudo.

Afirmamos, com toda a certeza, que a melhor opção para as partes é a renegociação, é a solução mais prática e viável, pois, conforme analisa Willian Fox Jr., “Pessoas de negócios, pragmáticas como o são, raramente saltam imediatamente para a corte meramente porque algum problema ocorre”<sup>14</sup>.

A renegociação vem sendo cada vez mais utilizada no Direito Internacional, sendo hoje em dia “praticamente um costume adotado pelos

<sup>12</sup> COSTA, Judith H. Martins. A teoria da imprevisão e a incidência dos planos econômicos governamentais na relação contratual. *Revista dos Tribunais*, v. 670, ago. 1991, p. 46.

<sup>13</sup> “[...] Since no contract is immune from the vagaries of the market, all contracts are potential subjects for renegotiation” (CARTER, J. W. The renegotiation of contracts. *Journal of Contract Law*, Sydney: Butterworths, v. 13, n. 3, Nov. 1998, p. 186).

<sup>14</sup> “People in business, pragmatists that they are, rarely jump immediately into court merely because something troublesome occurs” (FOX JR, Willian F. *International commercial agreement: a primer on drafting, negotiating and resolving disputes*. 3. ed. Haia: Kluwer Law International, 1998, p. 224).

Obviamente, o comentário citado contém inúmeros procedimentos de *common law*, mas, guardadas as proporções devidas, aplica-se também a qualquer corte do mundo.

Além da perspectiva de um prazo menor, renegociar diretamente os intentos, por mais difícil que possa ser, pode revelar-se bem mais vantajoso para as partes, e os termos propostos podem ser melhores do que a parte poderia esperar de uma intervenção judicial<sup>19</sup>.

Não difere muito uma decisão judicial da decisão de uma corte arbitral. Ainda que os prazos sejam bem menores, os custos podem ser elevados e a decisão pode se revelar uma surpresa para os litigantes.

Por mais que haja boas possibilidades para a parte que faz uso do Poder Judiciário ou da arbitragem de ver seu pleito reconhecido, por melhor que pareça seu direito, renegociar deve ser sempre a primeira tentativa e, caso seja bem-sucedida, provavelmente trará grande economia de tempo e dinheiro.

### 1.1.6 O CUSTO DE UMA RUPTURA

As partes que entram em uma negociação internacional em longo termo não têm em vista contratos de pouco valor, nem têm intenções, após custosas e demoradas negociações, como são geralmente as dessa espécie, de ver seus contratos rompidos por abalos conjunturais.

Em se tratando de partes atuando com lealdade, os contratos são feitos para durar e realizar objetivos. Arcar com o custo de um rompimento devido a um abalo econômico não faz parte dos planos de seus contratantes.

O custo que envolveria admitir a ruptura de um contrato dessa espécie seria enorme, sem falar que muitas vezes esse custo, indiretamente, estaria relacionado com o abalo de crédito no mercado internacional em virtude de uma notícia de quebra contratual, anulação ou ruptura.

---

accept and internalize as intended your offered proof just because you manage to have it admitted into evidence" (LYNCH, Eugene F.; REED, Barry C.; YOUNG, Douglas R.; TAYLOR, Stephen E.; PURVER, Jonathan M.; DAVIS III, James J. **Negotiation and settlement**. New York: Lawyers Cooperative Publishing, 1992, p. 177).

<sup>19</sup> LYNCH, Eugene F.; REED, Barry C.; YOUNG, Douglas R.; TAYLOR, Stephen E.; PURVER, Jonathan M.; DAVIS III, James J. Ob. cit., p. 169.

Antes de se propor a arcar com esses prejuízos, as partes têm a faculdade de prever mecanismos contratuais para a preservação dos contratos e para possibilitar sua renegociação e adaptação. Ainda que faltem tais mecanismos, por um descuido no momento da elaboração, ou por uma fé ingênua na manutenção da situação, as partes podem e devem renegociar para possibilitar a estabilização e a continuidade de seus empreendimentos, se for o caso.

### **1.1.7 COMO PODE OCORRER A RENEGOCIAÇÃO**

A renegociação pode ocorrer de diversas formas: pela vontade das partes, em virtude de dispositivos que as partes ajustaram e que lhes obrigam a renegociar, e com base em dispositivos legais que prevêm a renegociação.

A primeira forma de renegociação, por livre vontade das partes, não impõe problemas, bastando que essas façam uso da autonomia e liberdade de contratar que possuem os negociadores em contratos internacionais, e que decidam pela revisão do contrato.

Devem, para tanto, estabelecer os procedimentos, local, prazo e forma de renegociação que irão adotar, identificando quais alterações pretendem conseguir por meio da renegociação e os objetivos que pretendem alcançar com essas mudanças.

A revisão é cabível em qualquer momento da vida do contrato, se assim desejarem as partes, pois está baseada puramente no elemento volitivo.

Conforme podemos verificar em citação de Norbert Horn, nada impede o livre acordo das partes para alterar o contrato, e esta é a saída mais viável de qualquer problema encontrado na esfera contratual:

A maior parte das revisões contratuais é levada a cabo pelas partes em negociações diretas e informais. Esse método de revisão contratual é, com certeza, mais atrativo, vez que é rápido, preservando a imagem positiva e muito flexível, pois as partes podem livremente concordar em qualquer mudança ou preenchimento de lacunas do contrato. Essas negociações são feitas normalmente de maneira informal, guiadas mais por

regras não escritas de diplomacia e negociação psicológica do que lei procedimental<sup>20</sup>.

Em segundo lugar, podemos ter a renegociação determinada pela inserção de cláusulas contratuais nesse sentido.

Modernamente, as partes, talvez pelas inúmeras dificuldades já enfrentadas, vêm pactuando em seus contratos cláusulas que, diante de um determinado evento, lhes obriguem a rever os termos, renegociando o contrato.

Essas cláusulas variam em forma, denominação e aplicação, de acordo com a nacionalidade das partes contratantes<sup>21</sup>, sistema legal adotado ou, simplesmente, em virtude da experiência – ou falta de – em contratar.

Mediante essas disposições, ante um evento que atinja o equilíbrio contratual, a parte prejudicada pode exigir que a outra aceite renegociações destinadas a recompor o equilíbrio perdido.

Martin Bartels salienta a importância do uso de cláusulas prevendo a revisão contratual:

[...] uma referência no contrato à possibilidade de revisão é suficiente para reforçar a posição da parte que está querendo a renegociação. Ela refuta o contra-argumento de que a renegociação nunca foi considerada e assim não pode ser conciliada com o texto do contrato de risco<sup>22</sup>.

Inferre-se que, na ausência de acordo verbal para a renegociação, a cláusula contratual será a melhor forma de encaminhar as partes ao dever de renegociar.

Tais cláusulas, que serão estudadas em capítulos posteriores deste trabalho, destinam-se apenas à imposição de um dever de renegociar, mas não

<sup>20</sup> “The majority of contract reviews are most likely carried out by the parties in direct and informal negotiations. This method of contract review is, of course, most attractive since it is speedy, face-saving and very flexible, as the parties may freely agree on any change or gap-filling of the contract. These negotiations are carried out mostly in an informal way, guided more by the unwritten rules of diplomacy and bargaining psychology than by procedural law” (HORN, Norbert. Ob. cit., 1985, p. 174).

<sup>21</sup> CARTER, J. W. Ob. cit., p. 189.

<sup>22</sup> “[...] a reference in the contract to the possibility of a revision is sufficient to strengthen the position of the party wanting a renegotiation. It refutes the counter-argument that renegotiation was never considered and therefore cannot be reconciled with the text of the venture contract” (BARTELS, Martin. **Contractual adaptation and conflict resolution**. Hague: Kluwer Law International, 1985, v. 8, p. 59).

obrigam as partes a chegar a um acordo, nem seria possível tal imposição, pois não há como prever a reação e os interesses das partes de antemão.

O que queremos demonstrar com isso é que fazer recurso a cláusulas de renegociação é muito útil, mas não suplanta a decisão bilateral de renegociar, nem tem a mesma força, pois, caso uma das partes se veja forçada a renegociar em virtude de uma determinação contratual, se não estiver preparada ou disposta a cooperar, provavelmente garantirá o fracasso das negociações, por meio de todos os mecanismos de que puder utilizar, direcionando, assim, o contrato para outra forma de adaptação ou para uma solução judicial ou arbitral<sup>23</sup>.

Por último, analisaremos a renegociação admitida pelo ordenamento jurídico.

O princípio da autonomia da vontade, no tocante à escolha da lei aplicável ao contrato internacional, é regra nas relações comerciais privadas internacionais.

Irineu Strenger define de forma precisa o que é a autonomia da vontade:

[...] corresponde, segundo uma definição aceitável, à faculdade concedida aos indivíduos de exercer sua vontade, tendo em vista a escolha e a determinação de uma lei aplicável a certas relações jurídicas nas relações internacionais, derivando da confiança que a comunidade internacional concede ao indivíduo no interesse da sociedade [...] <sup>24</sup>.

E complementa afirmando que o “único obstáculo ao princípio da autonomia da vontade nos contratos internacionais do comércio é a ofensa à ordem pública”<sup>25</sup>.

Assim, não contrariando a ordem pública<sup>26</sup>, a lei escolhida pelas partes, de acordo com as regras internacionais, é a que regerá todo o contrato.

<sup>23</sup> FOX JR, William F. **International commercial agreement: a primer on drafting, negotiating and resolving disputes**. 3. ed. Hague: Kluwer Law International, 1998, p. 224.

<sup>24</sup> STRENGER, Irineu. **Contratos internacionais do comércio**. 3. ed. São Paulo: LTr, 1998, p. 201.

<sup>25</sup> STRENGER, Irineu. Ob. cit., p. 203.

<sup>26</sup> Ordem Pública: “Norma imperativa que os indivíduos não podem afastar nem de seus comportamentos, nem de suas convenções; norma que, expressa ou não em uma lei, corresponde ao conjunto de exigências fundamentais (sociais, políticas, etc.) consideradas como essenciais ao funcionamento dos serviços públicos, à manutenção da segurança ou da moralidade, ao rumo da economia ou à salvaguarda de certos interesses particulares primordiais” (CORNU, Gerard. **Vocabulaire juridique**. 4. ed. Paris: Presses Universitaires de France, 2003).

Um contrato internacional pode ser regido por mais do que um direito nacional ou convenção internacional<sup>27</sup>, e, também, ao lado da legislação escolhida, de acordo com o princípio da autonomia da vontade, as regras delimitadas pelas partes nos contratos consistirão a “lei do contrato” e deverão ser por estas respeitadas.

Dominique Blanco vislumbra o contrato como fonte autônoma de direito, criador de normas, afirmando ainda que o contrato tem esse papel “em todas as culturas e sistemas jurídicos do mundo”, variando apenas as conseqüências<sup>28</sup>.

Quando não houver em um contrato uma cláusula de renegociação, as partes deverão recorrer à lei contratual escolhida para determinar a sua possibilidade, pelo que é de absoluta importância a consciência do real alcance da legislação aplicável, para que as partes possam fazer uso de suas regras de forma favorável, sempre que delas necessitarem.

Infelizmente, em se tratando de renegociação contratual, quase não há nas legislações normas que possam obrigar as partes a renegociar<sup>29</sup>, “não existem princípios legais que possam ser invocados por uma parte para requerer que a outra renegocie o contrato”<sup>30</sup>.

Ao contrário, há certo receio em adotar regras e dispositivos que induzam ou forcem as partes a uma renegociação contratual.

Sendo assim, a possibilidade de renegociação estaria adstrita à vontade das partes em rever os contratos ou à existência de uma cláusula contratual determinando sua ocorrência.

Na inexistência de disposição contratual ou legal, recorrer-se-ia ao que desejam as partes, e a vontade das partes é soberana; assim, por meio desta e fazendo uso da criatividade, podem as partes completar o que falta contratualmente. Assim se traduz o pensamento de Guy Horsmans:

---

<sup>27</sup> CHATILLON, Stéphane. **Le contrat international**. Paris: Vuibert, 2001, p. 16.

<sup>28</sup> “Le contrat est créateur de normes, donc source, et source autonome, de droit et ce, dans toutes les cultures et tous les systèmes juridiques de par le monde, mais avec une force variable quant à ses conséquences” (BLANCO, Dominique. **Négociateur et rédiger un contrat international**. 3. ed. Paris: Dunod, 2002, p. 42).

<sup>29</sup> Em capítulo posterior são tratadas algumas legislações e convenções que permitem modificação contratual e renegociação.

<sup>30</sup> “[...] there are no legal principles which can be invoked by one party to require the other to renegotiate the contract” (CARTER, J. W. Ob. cit., p. 185).

Não é suficiente se conformar somente com as disposições contratuais; deve-se ainda apelar para a imaginação para resolver da melhor forma possível os problemas técnicos e outros que não teriam sido claramente percebidos no momento da conclusão do contrato e que entravariam, de uma maneira mais ou menos importante, a realização dos objetivos perseguidos<sup>31</sup>.

### 1.1.8 CONSEQUÊNCIAS DA RENEGOCIAÇÃO

Tendo as partes sucesso na renegociação, a consequência lógica desta será a readaptação do contrato e sua continuação. O que se pergunta é: essa alteração contratual significa que um novo contrato foi criado ou apenas há a continuidade do negócio anterior com nova roupagem?

Maria Luiza Granziera nos traz uma resposta bastante adequada a essa questão:

O objeto da renegociação são as obrigações acessórias, necessárias à execução do acordo. Se alterada a obrigação principal, não ocorre renegociação, mas a extinção do contrato, para a celebração de outro, juridicamente distinto<sup>32</sup>.

Em nosso entendimento, a renegociação e a conseqüente alteração do contrato não produzem um contrato novo, apenas devolvem as partes ao estado em que estavam no início do contrato, com equivalência entre suas obrigações. Produzem, sim, alterações procedimentais nos negócios dos contratantes, quando renegociados por alterações conjunturais. Quando há a vontade de dar uma nova direção ao contrato, dão nova roupagem ao objeto preliminar, aumentando-o ou diminuindo-o, mas mantendo o mesmo intento que levou as partes a se ligarem obrigacionalmente.

---

<sup>31</sup> “Il ne suffit pas de se conformer aux seules dispositions contractuelles; il faut encore faire appel à son imagination pour résoudre au mieux les problèmes techniques et autres qui n’auraient pas été clairement aperçus au moment de la conclusion du contrat et qui entraveraient, de manière plus ou moins importante, la réalisation des buts poursuivis” (HORSMANS, Guy. Ob. cit., p. 467).

<sup>32</sup> GRANZIERA, Maria Luiza Machado. Ob. cit., p. 97.

## 1.2 ADAPTAÇÃO CONTRATUAL

### 1.2.1 DEFINIÇÃO

Existem várias definições para o termo “adaptação”, quando nos referimos aos contratos.

A maior parte da doutrina tem na adaptação uma mudança propriamente dita dos termos contratuais, para ajustá-los a novas circunstâncias ou situações.

Norbert Horn vê na adaptação de um contrato “o ajuste de seus termos à nova situação”<sup>33</sup>.

Ugo Draetta, Ralph Lake e Ved P. Nanda interpretam a adaptação contratual como “a mudança ou adaptação de provisões contratuais durante o curso da execução”<sup>34</sup>.

Outros autores, como Willian Fox Jr., se referem à adaptação como sendo a forma de incorporação de certos mecanismos em um contrato para promover a flexibilidade e permitir sua conformação a certas mudanças<sup>35</sup>.

Em outra opinião, como a de Regis Fabre, a cláusula é vista como sendo também um elemento de construção do contrato<sup>36</sup>.

Acreditamos que todos estejam certos em suas definições, sendo a adaptação a possibilidade de adequar os termos contratuais a novas situações, modificando-os para permitir ao contrato cumprir com os objetivos inicialmente desejados pelas partes.

### 1.2.2 DENOMINAÇÃO

Na contratação internacional, as cláusulas que tratam da alteração contratual são múltiplas, com denominações variadas, podendo ser encontradas

<sup>33</sup> “The adaptation of a contract means the adjustment of its terms to a new situation” (HORN, Norbert. Ob. cit., 1985, p. 7).

<sup>34</sup> “Contract adaptation, the change or adaptation of contractual provisions during the course of performance” (DRAETTA, Ugo; LAKE, Ralph; NANDA, Ved P. **Breach and adaptation of international contracts: an introduction to lex mercatoria**. New Hampshire: Butterworth, 1992, cap. 6, item 6.1, § 1º).

<sup>35</sup> FOX JR, Willian F. Ob. cit., p. 214.

<sup>36</sup> FABRE, Regis. Les clauses d’adaptation dans les contrats. **Revue Trimestrielle de Droit Civil**, Paris: Sirey, n. 1, 1983, p. 30.

como “adaptação”, “revisão”, “onerosidade excessiva”, “imprevisão”, “força maior”, “*rebus sic stantibus*” “*bouleversement du contrat*”, “*wegfall der Geschäftsgrundlage*” “*pressupposizione*”, “*eccessiva onerosità*”, “*frustration*”, “*hardship*” e outras tantas, dependendo da imaginação e do conhecimento jurídico dos contratantes.

Todas as cláusulas citadas permitem, de alguma forma, uma modificação contratual, mas não têm idêntico significado, pelo que analisaremos algumas delas, de maior importância, no terceiro capítulo deste trabalho.

### **1.2.3 RAZÕES PARA ADAPTAR**

As razões que as partes podem apresentar para rever seus contratos, readaptando-os, são inúmeras. Estudaremos as principais.

#### **1.2.3.1 Adaptar para Ampliar e Melhorar os Contratos**

Por vezes, chega-se a um momento do contrato em que as partes acreditam ser necessário incluir novas cláusulas e responsabilidades, ou suprimir algumas, para melhorar os seus negócios ou dar prosseguimento a eles.

Há o desejo de ampliar os empreendimentos, de aprofundar as relações econômicas, e a forma de fazê-lo é ajustar o contrato inicial, tornando-o apto a realizar as intenções das partes.

A adaptação é, então, necessária para permitir ao contrato abarcar novas diretrizes e realizar o objeto mais claramente do que o inicialmente pretendido.

#### **1.2.3.2 Adaptar em Virtude do Imprevisto e do Desequilíbrio**

Mudanças podem ocorrer sem o interesse ou o planejamento das partes e, ainda, sem o seu controle, e podem afetar o contrato, tornando a obrigação sumamente difícil, ou mais cara, para uma das partes ou para ambas.

Essas mudanças ensejam a possibilidade de adaptar os termos afetados às novas circunstâncias, para que o contrato possa prosseguir.

No caso de mudanças imprevistas, não desejadas ou planejadas pelas partes, a necessidade de adaptar está profundamente ligada à idéia da manutenção ou do restabelecimento do equilíbrio contratual rompido por eventos novos e não previstos, ou somente de conseqüências não previstas pelas partes.

Para Ugo Draetta, Ralph Lake e Ved P. Nanda, a adaptação é a forma de fazer com que as partes sejam postas novamente na situação inicialmente desejada:

Adaptação contratual é o avatar<sup>37</sup> do onipresente conceito econômico de equilíbrio. É um processo que promove o retorno da relação das partes em um contrato à posição acordada originariamente quando, circunstâncias alteradas depois da execução de um acordo criaram um desequilíbrio nas suas posições econômicas relativas [...] <sup>38</sup>.

Parece-nos que a razão principal, a necessidade maior que têm as partes de adaptar os contratos é o desejo de preservar os pactos, de mantê-los aptos a realizar o objetivo inicial pretendido pelas partes, na sua causa originária. Nesse sentido assevera René Descartes: “Toda a realidade ou perfeição que existe numa coisa encontra-se formal, ou eminentemente, na sua causa primeira e total”<sup>39</sup>.

### 1.2.3.3 Adaptar para Evitar Conflitos

Não nos é possível acreditar que as partes envolvidas em empreendimentos internacionais, unidas por contratos, tenham outro desejo que não seja dar continuidade a seus negócios da forma mais amena possível, procurando alternativas que evitem conflitos e litígios.

Seria estranho pretender que as partes tivessem ímpetos de conduzir seus contratos para batalhas legais. O litígio, ainda que possa ser de curta duração, é sempre desgastante e cercado de expectativas. As partes, por mais válidos que

<sup>37</sup> Ser supremo, divino, processo metamórfico, transformação, mutação (HOUAISS, Antonio; VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001).

<sup>38</sup> “Contract adaptation is the legal avatar of the ubiquitous economic concept of equilibrium. It is a process that returns the relationship of parties to a contract to an agreed original position when changed circumstances after the execution of an agreement have created an imbalance or disequilibrium in their relative economic positions” (DRAETTA, Hugo; LAKE, Ralph; NANDA, Ved. P. Ob. cit., cap. 6, item 6.1).

<sup>39</sup> DESCARTES, René. **Objecções e respostas**. São Paulo: Abril Cultural, 1973, Tomo XV, p. 182.

possam parecer seus direitos e ainda que tenham boas chances de obter em juízo ou arbitralmente uma adaptação de seus contratos, nunca têm plena certeza de um resultado vitorioso ou, ao menos, satisfatório, e tampouco podem precisar o prazo para o término dos conflitos.

Essas incertezas que pairam enquanto as partes aguardam o desfecho de seus casos submetem-nas à natural pressão psicológica, tornando-as mais suscetíveis a romper terminantemente a possibilidade de um relacionamento harmonioso.

Assim, para evitar os dissabores que um litígio pode produzir, parece-nos mais lógico que as partes procurem uma solução amigável pela adaptação de seus contratos. Trata-se de motivo bastante relevante para que as partes procurem uma modificação de seus termos.

#### **1.2.3.4 Adaptar em Nome da Boa-fé, Equidade e Cooperação Contratual**

Por fim, ainda que soe ingênuo e utópico, as partes têm como razão maior para adaptar seus contratos o dever de proceder com boa-fé, equilíbrio de cooperar.

As partes em um contrato, seja ele nacional ou internacional, de curta ou longa duração, têm o dever de proceder de boa-fé. Essa máxima é encontrada na maior parte dos sistemas legais<sup>40</sup>, sendo reconhecida como um dos princípios gerais da lei contratual<sup>41</sup> e do comércio internacional, como podemos depreender das sábias palavras de Juan Terraza Martorell:

[...] principios de la buena fe y equidad, constituyen la evasión de los estrictamente jurídico a lo integralmente humano, al terreno de los supremos postulados éticos que de siempre han operado como prudente válvula de seguridad, para acomodar flexiblemente la rigidez de normas o de pactos a lo que exigía un sano sentimiento de justicia comprensiva<sup>42</sup>.

<sup>40</sup> DiMATTEO, Larry A. Resolving international contract disputes. **Dispute Resolution Journal**, New York, n. 4, 1998, p. 76.

<sup>41</sup> LANDO, Ole. **Performance and remedies in the law of contracts**. Towards a European Civil Code. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1994, p. 1.

<sup>42</sup> MARTORELL, Juan Terraza. **Modificación y resolución de los contratos por excesiva onerosidad o imposibilidad en su ejecución**: teoría de la cláusula *rebus sic stantibus*. Barcelona: Bosch, 1951, p. 102.

Também encontramos a compreensão da necessidade de proceder de boas decisões arbitrais. Demonstramos a assertiva por meio da transcrição de um trecho da Sentença CCI, no caso 5.953, de 1989:

Entre esses princípios, o mais geral é sem dúvida aquele da boa-fé. “Essa exigência fundamental de boa fé se encontra em todos os sistemas de direito, quer se trate de direitos nacionais ou do direito internacional” [...].

A boa-fé, que é sempre presumida, deve presidir a negociação dos contratos e a sua interpretação e execução. A doutrina é unânime e as sentenças publicadas que são a fonte do direito privilegiado dos árbitros confirmam sem exceção<sup>43</sup>.

Doutrinadores favoráveis à adaptação e à renegociação contratual, como Agla Nassar, Vicent Heuzé, Juan Martorell, Ugo Draetta, Larry DiMatteo, entre outros, vislumbram a boa-fé como o fator determinante de suas ocorrências.

Diante de situações que desequilibrem o contrato, podendo levar uma das partes à ruína, é dever da outra parte renegociar e adaptar o contrato, em nome da boa-fé, agindo com dignidade e fazendo ajustes equitativos no contrato<sup>44</sup>.

Insistir em permanecer em uma relação desequilibrada, fazendo com que a outra parte respeite um contrato que se tornou injusto, na íntegra, contraria o dever de boa-fé inerente aos contratos<sup>45</sup>.

Para que a boa-fé seja respeitada, as partes têm o dever de manter os contratos em situação de equivalência, pois é primordial ao senso do justo e do equitativo que os valores trocados sejam proporcionais um ao outro<sup>46</sup> e “que em um contrato todos ganhem ou, ao menos, que ninguém seja arruinado”<sup>47</sup>.

Não se presume com isso um dever geral de resgatar a outra parte de disposições contratuais desvantajosas, mas requer que qualquer direito ou

<sup>43</sup> “Parmi ces principes, le plus général est sans doute celui de la bonne foi. Cette “exigence fondamentale de bonne foi... (se) trouve dans tous les systèmes de droit, qu’il s’agisse des droits nationaux ou du droit international”...La bonne foi qui est toujours présumée, doit présider à la négociation des contrats et à leur interprétation comme à leur exécution. La doctrine est unanime et les sentences publiées qui sont la source de droit privilégiée des arbitres le confirment, sans exception (JARVIN, Sigvard; DERAIS Yves; ARNALDEZ, Jean-Jacques. **Collection of ICC Arbitral Awards. 1986-1990**. Paris: ICC Publishing S.A. p. 441).

<sup>44</sup> DiMATTEO, Larry A. **Equitable law of contracts: standards and principles**. New York: Transnational Publishers, 2001, p. 236.

<sup>45</sup> MARTORELL, Juan Terraza. *Ob. cit.*, p. 99.

<sup>46</sup> DiMATTEO, Larry. *Ob. cit.*, p. 234.

<sup>47</sup> ITURRASPE, Jorge Mosset. **La frustración del contrato**. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 1991, p. 30.

condição criada por qualquer termo contratual ou pela lei aplicável seja exercido com honestidade e decência<sup>48</sup>.

O que ocorre pelo princípio da equidade e da boa-fé é o dever de cooperar que às partes exige-se trazer à execução contratual, trabalhando em conjunto para o bem comum, possibilitando ganhos mútuos e evitando a idéia de vitórias e ganhos unilaterais.

Encontramos o entendimento de que as partes têm o dever de proceder de boa-fé em várias sentenças na contratação nacional e internacional. Vejamos um exemplo:

As partes [...] deviam estar perfeitamente conscientes que somente uma colaboração leal, total e constante entre elas podia eventualmente permitir resolver, além das dificuldades inerentes à execução de qualquer contrato, os numerosos problemas resultantes da extrema complexidade na formulação e disposição dos debates litigiosos [...] essa obrigação de cooperação, que a justo título a doutrina moderna encontra na boa fé que deve governar a execução de toda convenção se impõe<sup>49</sup>.

Algumas decisões das cortes demonstram o dever das partes em proceder conforme a boa-fé adaptando os contratos. Cremos que o melhor exemplo partiu da Corte de Cassação Francesa, em um julgado denominado “Sentença Huard”<sup>50</sup>.

Os tribunais franceses são notórios por se recusar a adaptar os contratos. Na decisão inédita acima citada, a Corte proferiu a rara decisão de que a parte reclamada deveria agir de boa-fé adaptando o contrato às mudanças conjunturais ocorridas.

O caso refere-se a um contrato de distribuição de derivados de petróleo firmado entre o Sr. Huard e a Sociedade Francesa BP em 1970, para ter duração

<sup>48</sup> CALAMARI, John D.; PERILLO, Joseph M. *The law of contracts*. 4. ed. Minnesota: West Group, 1998, p. 461.

<sup>49</sup> “Les parties [...] devaient être parfaitement conscientes que seule une collaboration loyale, totale et constante entre elles pouvait éventuellement permettre de résoudre, au-delà des difficultés inhérentes à l’exécution de tout contrat les nombreux problèmes résultant de l’extrême complexité dans la formulation et l’enchevêtrement des engagements litigieux [...] cette obligation de coopération, qu’à juste titre la doctrine moderne retrouve dans la bonne foi qui doit gouverner l’exécution de toute convention, s’impose [...]” (ICC AWARD N. 2291/1975. NASSAR, Nagla. *Sanctity of contracts revisited: a study in the theory and practice of international commercial transactions*. Boston: M. Nijhoff, 1994, p. 165).

<sup>50</sup> “Arret Huard”. Cour de Cassation, Chambre Commerciale, Audience Publique de 3 novembre 1992. n° du pourvoi: 90-18547. Disponível em: <[http://www.courdecassation.fr/\\_arrets/arrets.htm](http://www.courdecassation.fr/_arrets/arrets.htm)>. Acesso em: 23 dez. 2003.

de 15 anos. Nesse contrato o Sr. Huard comprometia-se a adquirir uma quantia mínima anual de combustível a preços fixados pela companhia BP<sup>51</sup>.

Mencionado contrato foi modificado em 1981, tendo sua duração estendida até 1998.

Em 1983 o preço de derivados do petróleo no varejo foi liberado e o Sr. Huard efetuou reclamação judicial de perdas e danos, com base nos arts. 1.147<sup>52</sup> e 1.148<sup>53</sup> do Código Civil Francês, alegando que, apesar de a sociedade BP ter o compromisso contratual de lhe integrar em sua rede de distribuição, não lhe permitiu praticar preços competitivos, pelo que sofrera enormes prejuízos.

A corte não vislumbrou em seu julgado violação ao artigo 1.147 por parte da sociedade BP, tendo apenas condenado o fato de esta não ter tentado um acordo com o seu distribuidor:

[...] que somente tendo contra a sociedade BP a única reprovação de não ter tentado um acordo de cooperação comercial com seu distribuidor, Sr. Huard, a Corte de Apelação não vislumbrou contra ela nenhum violação de suas obrigações contratuais e não podia assim julgar que ela teria cometido uma falta contratual pela qual ela devia reparar as conseqüências danosas, em violação ao artigo 1.147 do Código Civil [...] <sup>54</sup>.

<sup>51</sup> Detalhes sobre o contrato foram retirados de LASBORDES, Victoire. **Les contrats desequilibres**. Aix-Marseille: Presses Universitaires de Aix-Marseille, 2000, p. 538.

<sup>52</sup> “**Ar. 1.147.** Le débiteur est condamné, s’il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts, soit à raison de l’inexécution de l’obligation, soit à raison du retard dans l’exécution, toutes les fois qu’il ne justifie pas que l’inexécution provient d’une cause étrangère qui ne peut lui être imputée, encore qu’il n’y ait aucune mauvaise foi de sa part” (Disponível em: <<http://www.legifrance.gouv.fr/>>. Acesso em: 5 jul. 2004). (O devedor é condenado, se houver lugar, ao pagamento de perdas e danos, seja em razão da inexecução da obrigação, seja em razão do retardo na execução, todas as vezes que ele não justifique que a inexecução provenha de uma causa estranha que não lhe possa ser imputada, ainda que não tenha nenhuma má-fé de sua parte).

<sup>53</sup> “**Art. 1.148.** Il n’y a lieu à aucuns dommages et intérêts lorsque, par suite d’une force majeure ou d’un cas fortuit, le débiteur a été empêché de donner ou de faire ce à quoi il était obligé, ou a fait ce qui lui était interdit” (Disponível em: <<http://www.legifrance.gouv.fr/>>. Acesso em: 5 jul. 2004). Não há lugar a quaisquer perdas ou danos, uma vez que, seguido a força maior ou um caso fortuito, o devedor foi impedido de dar ou fazer aquilo a que ele estava obrigado, ou a fazer aquilo que lhe era proibido.)

<sup>54</sup> “Qu’en ne retenant à l’encontre de la société BP que le seul grief de n’avoir pas recherché un accord de coopération commerciale avec son distributeur agréé, M. Huard, la cour d’appel n’a élevé à son encontre aucune violation de ses obligations contractuelles et ne pouvait dès lors arguer qu’elle avait commis une faute contractuelle dont elle devait réparer les conséquences dommageables, en violation de l’article 1147 du Code civil” (COUR DE CASSATION. Chambre commerciale, Audience Publique de 3 nov. 1992, n. du pourvoi : 90-18547. Disponível em: <[http://www.courdecassation.fr/\\_arrets/arrets.htm](http://www.courdecassation.fr/_arrets/arrets.htm)>. Acesso em: 23 dez. 2003).

Conclui a Corte pela inexistência de força maior alegada pelo Sr. Huard, ao conclamar o art. 1.148 para suportar-lhe o pedido, mas pela condenação da Sociedade BP por não ter executado o contrato de boa-fé:

[...] que no estado das constatações e apreciações, de onde resultava a carência de qualquer caso de força maior, a Corte de Apelação pode decidir que, privando o Sr. Huard dos meios de praticar preços competitivos, a sociedade BP não executara o contrato de boa fé<sup>55</sup>.

Nota-se com essa decisão que, para as Cortes, não basta às partes proceder apenas de acordo com a letra do contrato, com o que está escrito, dispositivos expressos, mas, sim, devem agir todo o tempo e em todos os seus atos guiados pela boa-fé e pela lealdade contratual.

## **1.2.4 COMO PODE SER FEITA A ADAPTAÇÃO**

A adaptação contratual pode ser feita, basicamente, de três modos: 1) por meio da inserção de cláusulas no contrato que prevejam a adaptação; 2) por decisão da partes, sem que exista qualquer determinação para tanto; e 3) por determinação legal.

### **1.2.4.1 Cláusulas Contratuais**

A forma mais simples de adaptação, caso não haja acordo nesse sentido, é aquela que se encontra prevista pelas partes, pela adoção de cláusulas contratuais.

No momento da negociação, as partes podem, de comum acordo, decidir incorporar cláusulas que possibilitem, no futuro, a adaptação do contrato, diante de um acontecimento determinado ou de circunstâncias imprevistas.

Essas cláusulas podem ser padronizadas, adotando-se algum modelo preexistente, ou podem ser criação das partes.

---

<sup>55</sup> “Qu’en l’état de ces constatations et appréciations, d’où il résultait l’absence de tout cas de force majeure, la cour d’appel a pu décider qu’en privant M. Huard des moyens de pratiquer des prix concurrentiels, la société BP n’avait pas exécuté le contrat de bonne foi”.

Regis Fabre faz uma descrição de como podem ocorrer essas cláusulas:

Sejam quais forem as condições de seu funcionamento ou de seu domínio de aplicação, as cláusulas de adaptação supõem que as partes tenham feito a escolha de uma técnica. Ou bem elas se remetem a um mecanismo que permitirá a modificação do contrato sem que elas tenham que intervir para dar seu assentimento e a adaptação será automática (A) ou ainda as partes preferem controlar a adaptação concordando com ela ou mesmo negociando-a, na medida em que os desequilíbrios apareçam e a adaptação será não automática (B)<sup>56</sup>.

Analisaremos essas cláusulas no capítulo terceiro deste trabalho.

#### 1.2.4.2 Vontade das Partes

Se as partes são livres para contratar e definir o conteúdo de seus pactos, são livres também para modificá-los, se tal for o seu intento. Nesse sentido opinam Ugo Draetta e Ralph Lake:

São as partes no contrato que prevêm, em princípio, a adaptação, inserindo cláusulas para esse efeito. No entanto, a adaptação de pleno direito existe igualmente<sup>57</sup>.

Dessa forma, na ocorrência de situações que desequilibrem o contrato ou alterem sua finalidade, sem razão aparente, as partes podem decidir modificar seus termos, a qualquer momento, sem que para isso necessitem estar amparadas por dispositivos contratuais.

#### 1.2.4.3 Adaptação Admitida em Lei ou Convenções

<sup>56</sup> “Quelles que soient les conditions de leur mise en oeuvre et leur domaine d’application, les clauses d’adaptation supposent que les parties aient fait le choix d’une technique. Ou bien elles s’en remettent à un mécanisme qui permettra la modification du contrat sans qu’elles aient à intervenir pour donner leur accord et l’adaptation sera automatique (A), ou bien les parties préfèrent contrôler l’adaptation en l’agréant ou même en la négociant, au fur et à mesure que les déséquilibres apparaissent et l’adaptation sera non automatique (B) (FABRE, Regis. Ob Cit., p. 7).

<sup>57</sup> “L’adaptation des contrats peut se faire de deux façons : les clauses d’un contrat peuvent être modifiées en fonction de circonstances nouvelles ou en raison de la décision unilatérale de l’une des parties” (DRAETTA, Ugo; LAKE, Ralph. **Contrats internationaux**: pathologie et remèdes. Bruxelles: Bruylant, 1996, p. 169).

Caso não haja disposição expressa no contrato para adaptar e não exista vontade de uma das partes em fazê-lo, o recurso que a parte atingida pelos desequilíbrios tem para ver o contrato modificado e, assim, reequilibrado é recorrer às cortes arbitrais ou judiciais, fazendo uso, para tanto, das disposições legais que regem o contrato.

Algumas legislações e certas convenções internacionais admitem a possibilidade de adaptação dos contratos diante da ocorrência de fatos novos e imprevistos.

Ainda que haja admissão de adaptação pela lei que rege os contratos, na prática, sua ocorrência é bastante tímida, e as cortes, judiciais ou arbitrais, procuram evitar adaptar os contratos se não houver no texto contratual expressa disposição nesse sentido.

Segundo Orlando Gomes, a razão para isso é uma forte oposição doutrinária e jurisprudencial em alterar os contratos após a sua conclusão, em virtude do princípio *pacta sunt servanda*<sup>58</sup>.

#### 1.2.4.4 Adaptação pelas Partes Vista pelo Judiciário

Já vimos a decisão arbitral francesa na “Sentença Huard”<sup>59</sup> sobre o dever das partes de adaptarem, por si mesmas, o contrato, em razão da necessidade de atuar de boa-fé.

Encontramos também decisões nas quais é recomendada a adaptação do contrato pelas próprias partes apenas por ser essa forma de adaptação mais favorável a seus interesses.

Uma decisão nesse sentido foi tomada pela Corte Distrital da Pensilvânia (EUA), no caso Aluminium Co. of América (Alcoa) contra Essex Group Inc. O caso versava sobre um contrato concluído em 1967 entre as partes, pelo qual a

---

<sup>58</sup> O princípio mencionado refere-se à força obrigatória dos contratos, pelo qual, uma vez celebrado o contrato com observância a todos os pressupostos e requisitos necessários à sua validade, deve ser executado pelas partes como se suas cláusulas fossem preceitos legais imperativos (GOMES, Orlando. **Contratos**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 36).

<sup>59</sup> “Arret Huard”. Cour de Cassation, Chambre Commerciale, Audience Publique de 3 novembre 1992. n° du pourvoi: 90-18547. Disponível em:

<[http://www.courdecassation.fr/\\_arrets/arrets.htm](http://www.courdecassation.fr/_arrets/arrets.htm)>. Acesso em: 23 dez. 2003

Alcoa se obrigava, por um período de 16 anos, renovável, a transformar em alumínio determinada quantia de material bruto (alumina) para a Essex.

O preço de cada libra de alumínio era calculado de acordo com uma complexa fórmula matemática, elaborada pelas partes, de acordo com a opinião de um perito economista, que incluía quatro componentes, dos quais três variáveis.

Uma das variáveis era comparada aos custos de produção não trabalhista do estabelecimento de Warrick, Indiana, onde a Alcoa efetuava o processo de transformação do produto. A partir de 1973, a política OPEC em matéria de preços de produtos petrolíferos e os custos imprevistos dos controles antipoluentes prescritos pelo governo federal fizeram subir, de modo inesperado, os custos da Alcoa para a utilização de energia elétrica. Em consequência, os custos de produção não trabalhistas aumentaram bem além do que era inicialmente previsto.

A Alcoa demonstrou em juízo ter suportado, no biênio 1977/1978, um prejuízo de 12 milhões de dólares e fez uma perspectiva pela qual, na falta de uma revisão dos termos contratuais, acumularia, ao final do prazo contratual, uma perda de aproximadamente 75 milhões de dólares.

A corte estatal da Pensilvânia entendeu que o único remédio adequado ao caso seria não a resolução do contrato, mas uma modificação e adaptação dos seus termos. Julgou ainda aquela Corte que as partes poderiam resolver por acordo mútuo seus interesses, de forma melhor do que a solução da Corte. Vejamos a motivação da decisão:

A Corte facilmente reconhece que os dirigentes da ALCOA e da Essex conduziram do modo mais idôneo os negócios [mas] não podiam ou não se importaram em possuir informações supervenientes, de longe superiores àquelas que eles tinham no momento da conclusão do contrato. As partes podem melhor obter justiça de uma decisão judicial rica de dados e baseada em circunstâncias conhecidas que em uma sentença que aplique ao pé da letra as palavras usadas no contrato, sem que as mesmas tivessem sido escolhidas prevendo uma situação tal qual a atual. A corte de bom grado admite que as partes poderiam hoje resolver pactualmente um ajuste de interesses melhor do que aquele que esta possa impor. Mas como isso não ocorreu, e assim um princípio segundo o qual a corte não deve funcionar no sentido do discurso, que teria o efeito perverso de desencorajar as partes a resolver por si mesmas a

presente controversia e as controversias futuras. Somenta uma regra que permita uma ação judicial do tipo tomado pela Corte na presente controversia constituirá um incentivo desejável prático para os homens de negócios resolverem por si os problemas que surjam durante o curso dos contratos a longo termo<sup>60</sup>.

É válido ressaltar, após a análise da sentença da Alcoa e também do que verificamos na sentença Huard, certa inclinação dos tribunais a indicar às partes proceder à adaptação por si mesmas, independentemente de decisões judiciais, e, parece-nos que o maior argumento para essa recomendação é o benefício que as próprias partes podem obter desse procedimento.

---

<sup>60</sup> “La Corte agevolmente riconosce che i dirigenti dell’ALCOA e dell’Essex conducono in modo più idoneo gli affari [ma] non può, al tempo stesso, non rilevare di essere attualmente in possesso di informazioni, sopravvenute, di gran lunga superiori a quelle che essi avevano al momento della conclusione del contratto. Le parti possono meglio ottenere giustizia da una decisione giudiziale ricca di dati e basata sulle circostanze note che da una sentenza che applichi alla lettera le parole usate dal contratto, senza che le stesse fossero state scelte in previsione di una situazione quale quella odierna. La Corte di buon grado ammette che le parti protrebbero oggi divisare pattiziamente un regolamento di interessi migliore di quello che essa può imporre. Ma ciò non è avvenuto, e, quindi, un principio secondo cui la Corte non dovrebbe operare nel senso in discorso avrebbe l’effetto perverso di scoraggiare le parti dal risolvere in proprio la presente controversia e controversie future. Soltanto una regola che permetta un’azione giudiziale del tipo intrapreso dalla Corte nell’odierna controversia consituirà un auspicabile incentivo pratico per gli uomini d’affari a risolvere da sé i problemi che sorgono durante il corso dei contratti a lungo termini” (ROSSELLO, Carlo. **Sopravvenienze impreviste e adattamento del contratto nel diritto inglese e statunitense**: inadempimento, adattamento, arbitrato: patologie dei contratti e rimedi. Milano: E.G.E.A., 1992, p. 392-393).

## CAPÍTULO II - FUNDAMENTOS JURÍDICOS PARA A RENEGOCIAÇÃO E ADAPTAÇÃO

### 2.1 A CLÁUSULA *REBUS SIC STANTIBUS*

Contratos são notoriamente um marco de segurança jurídica para as partes que o compõem.

Com vistas a ter suas obrigações contratuais claras e bem delimitadas, os contratantes, em geral, procuram prever ao máximo todo o período de execução do contrato, elaborando-o com acuidade e técnica.

As negociações preliminares, por vezes cansativas e longas, destinam-se ao alcance de um negócio jurídico perfeito, ou o mais próximo possível dessa noção.

Alguns contratos que, ao momento de sua conclusão, pareciam tecnicamente perfeitos, justos e equilibrados, capazes de prever todas as situações de sua existência, sofrem alterações não previstas e não queridas pelas partes, que os tornam desequilibrados, põem em risco sua continuidade, passam a ser injustos para uma das partes e, conseqüentemente, possibilitam sua reavaliação e adaptação.

No cerne do problema do desequilíbrio contratual está a cláusula *rebus sic stantibus*, que deu origem a diversas teorias de adaptação contratual.

#### 2.1.1 DEFINIÇÃO

*Rebus sic stantibus* trata-se de uma locução latina cujo significado vocabular é “o mesmo estado das coisas” ou “a subsistência das coisas”<sup>61</sup>.

Darcy Bessone definiu *rebus sic stantibus* como:

[...] aquela cláusula, considerada ínsita nos contratos, significando, portanto, que nas convenções que, gerassem obrigações sucessivas ou dependentes do futuro, o seu

<sup>61</sup> DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário jurídico*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986, v. IV, p. 32.

cumprimento ficaria condicionado à permanência do estado de fato contemporâneo da formação do vínculo<sup>62</sup>.

Para Oto Gil, a cláusula *rebus sic stantibus* “é estribada no sentido de que os contratantes, ao concluir o contrato, partem do pressuposto de que a *coisa permaneça nas mesmas condições em que se encontra no momento da estipulação*”<sup>63</sup>.

A cláusula *rebus sic stantibus* destina-se àqueles momentos da execução contratual em que se apresentam dificuldades não consideradas pelas partes, circunstâncias diferentes daquelas previstas, que colocam o cumprimento do contrato em um patamar distinto daquele pensado na elaboração e assinatura dos contratos, tornando-os exacerbadamente mais custosos para uma das partes.

Por intermédio da aplicação da cláusula, permite-se à parte que teve sua obrigação atingida por eventos novos e, conseqüentemente, sofreu ou sofrerá um agravamento de sua obrigação rescindir o contrato de pleno direito.

A mudança que onera a prestação pode advir de um único fator ou de uma seqüência de fatos que, em sua complexidade, determinam a formação de um novo estado de coisas<sup>64</sup>.

Quantos e quais são os fatores que implicam mudança da situação contratual têm pouca relevância no presente caso; o que realmente importa é o resultado de sua incidência sobre a obrigação das partes, alterando o estado das coisas.

### 2.1.2 HISTÓRICO

Em seu surgimento, a cláusula *rebus sic stantibus* determinava a observância do contrato apenas se as coisas permanecessem imutáveis, podendo o devedor ser liberto de suas obrigações em virtude de mudanças que afetassem o contrato e suas obrigações.

<sup>62</sup> BESSONE, Darcy de Oliveira Andrade. **Do contrato**. Rio de Janeiro: Forense, 1960, § 137.

<sup>63</sup> GIL, Oto. Contrato de empreitada: reajustamento de preço. **Revista Forense**, v. 168, fasc. 641-642, nov./dez. 1956, p. 99.

<sup>64</sup> MARTORELL, Juan Terraza. **Modificación y resolución de los contratos por excesiva onerosidad o imposibilidad en su ejecución: teoría de la cláusula *rebus sic stantibus***. Barcelona: Bosch, 1951, p. 36.

Não é facilmente identificável qual período da história da humanidade permitiu o nascimento da cláusula *rebus sic stantibus*, certo é que o surgimento deve ter ocorrido em épocas próximas ao aparecimento dos contratos, vez que se verifica uma íntima ligação entre os dois institutos, e, ainda que o instituto dos contratos fosse rudimentar, o fato é que as partes desejavam mantê-lo em equilíbrio.

Tal constatação é feita por Jorge Mosset Iturraspe:

La investigación histórica no ha permitido, hasta hoy, determinar con exactitud el origen de la cláusula *rebus sic stantibus*, expresión que significa que las partes contratan en consideración a las circunstancias existentes al momento de la conclusión del negocio jurídico, y sobreentendiéndose en virtud de su carácter tácito, que la intangibilidad de los contratos, queda subordinada a la persistencia del estado de cosas que existía al momento de la contratación<sup>65</sup>.

Alguns autores, como J. M. Sidou, acreditam que a cláusula *rebus sic stantibus* data de 2700 a.C. e constava do Código de Hamurabi, em seu art. 48:

[...] se alguém tem um débito a juros, e uma tempestade devasta o campo ou destrói a colheita, ou por falta de água não cresce o trigo no campo, ele não deverá nesse ano dar trigo ao credor, deverá modificar sua tábua de contrato e não pagar juros por esse ano<sup>66</sup>.

Para Marcel Planiol e Georges Ripert, a cláusula teria surgido na Idade Média, com os canonistas:

[...] os canonistas da Idade Média, que condenavam qualquer enriquecimento de um dos contratantes às expensas do outro, como contrário à moral cristã, não deviam considerar somente a lesão contemporânea do contrato, mas também aquela que resultava de mudanças ulteriores às circunstâncias. Nos dois casos eles enxergavam a usura. Para remediá-la, consideram como subentendida nos contratos a cláusula *rebus sic stantibus*, segundo a qual as partes teoricamente deveriam estar subordinadas implicitamente a manutenção de suas

<sup>65</sup> ITURRASPE, Jorge Mosset. *La frustración del contrato*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1991, p. 85.

<sup>66</sup> SIDOU, J. M. Othon. *A revisão judicial dos contratos e outras figuras jurídicas*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 3.

promessas, tal como preço, persistindo as condições de fato existentes no dia do contrato<sup>67</sup>.

A teoria foi adotada na seqüência pelos glosadores e pós-glosadores, que teriam aplicado a cláusula generalizando a idéia segundo a qual o abalo das circunstâncias em torno da execução do contrato priva o compromisso de seu vigor normal<sup>68</sup>.

Em meados do século XVIII, a cláusula começa a perder sua força, a teoria entra em declínio em virtude do liberalismo que surge no final do referido século, que eleva o contrato a uma posição de domínio, tornando-o santificado, apto a prevalecer sobre qualquer circunstância.

Poucos juristas mencionaram a cláusula no século seguinte, e a doutrina dominante do século XIX simplesmente a rejeita<sup>69</sup>.

Na opinião de Jorge Mosset Iturraspe, as razões para essa rejeição foram as seguintes:

[...] respeto reverente a la autonomía de la voluntad; subestimación del arsenal de ideas jurídicas en boga en el Derecho Intermedio; creencia cierta acerca del carácter metajurídico de esas concepciones; la conveniencia o provecho que la naciente burguesía entreveía en los nuevos dogmas; imputación de “vaguedad e indeterminación”<sup>70</sup>.

A autonomia da vontade, que apregoa a superioridade da vontade sobre qualquer outro fator que possa influir no contrato, determina que as partes são livres para escolher contratar, com quem contratar, o que contratar e os termos do negócio, nada podendo ser superior às suas vontades. Com certeza, foi a razão mais forte para a rejeição da cláusula *rebus sic stantibus*, pois durante o século

---

<sup>67</sup> “Les canonistes du Moyen Âge, qui condamnaient tout enrichissement de l’un des contractants aux dépens de l’autre, comme contraire à la morale chrétienne, ne devaient pas seulement considérer la lésion contemporaine du contrat, mais aussi celle qui résultait de changements ultérieurs dans les circonstances. Dans les deux cas ils voyaient l’usure. Pour y remédier, ils considérèrent comme sous-entendue dans les contrats une clause *rebus sic stantibus*, d’après laquelle les parties étaient censées subordonner implicitement le maintien de leurs engagements, tels que pris, à la persistance des conditions de fait existant au jour du contrat” (PLANIOL, Marcel; RIPERT, Georges. **Traité pratique de Droit Civil français**. 2. ed. Paris: Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1952, § 391, p. 527.

<sup>68</sup> STOFFEL-MUNCK, Philippe. **Regards sur la Théorie de L’Imprévision**. Aix-Marseille: Presses Universitaires, 1994, p. 19.

<sup>69</sup> STOFFEL-MUNCK, Philippe. Ob. cit., p. 20.

<sup>70</sup> ITURRASPE, Jorge Mosset. Ob. cit., p. 90.

XIX essa teoria encontrou no pensamento individualista vigente toda a força necessária para prosperar.

Phillipe Stoffel-Munck vê o princípio da autonomia da vontade como sendo ligado ao triunfo do individualismo jurídico e cita a decisão nº 59-1 FNR, de 17 de novembro de 1959, do Conselho Constitucional francês, que classifica a autonomia da vontade entre os princípios fundamentais da República francesa<sup>71</sup>.

Lentamente, o princípio *rebus sic stantibus* começa a retornar ao campo contratual no início do século XX. O advento da Primeira Guerra Mundial (1914-1918) revigorou a cláusula *rebus sic stantibus* em virtude do caos instalado, sem paralelos na história, que provocou desequilíbrios importantes nos contratos então em vigor, concedendo benefícios desarrazoados a um contratante, em prejuízo do outro, e afetou a economia contratual, com prejuízo para a economia geral<sup>72</sup>.

O retorno da cláusula deu-se de forma diferenciada, não mais se apregoando o simples término do contrato, mas a possibilidade de sua revisão.

Márcio Klang acredita no retorno da cláusula como fruto de uma política de solidariedade social, almejando a proteção dos mais fracos, em busca de um maior equilíbrio<sup>73</sup>.

Por muito tempo e ainda nos dias de hoje encontra-se resistência de tribunais (como na França e na Bélgica) ao princípio *rebus sic stantibus*, principalmente na sua moderna acepção, que permite o revisionismo.

### 2.1.3 DIVERGÊNCIAS COM O PRINCÍPIO *PACTA SUNT SERVANDA*

A resistência por parte da doutrina e da jurisprudência em aceitar a cláusula *rebus sic stantibus* deveu-se, sobretudo, à divergência que alguns doutrinadores encontram entre esta cláusula e o princípio *pacta sunt servanda*.

Pelo princípio *pacta sunt servanda*, de força obrigatória dos contratos ou imutabilidade das convenções, as partes são livres para contratar, mas as obrigações assumidas, de livre vontade pelas partes, não podem ser modificadas.

<sup>71</sup> STOFFEL-MUNCK, Phillipe. Ob. cit., p. 36.

<sup>72</sup> PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 7. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1986. v. III. Contratos, § 216, p. 109.

<sup>73</sup> KLANG, Márcio. *A teoria da imprevisão e a revisão dos contratos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 15.

Está baseado o princípio *pacta sunt servanda* na autonomia da vontade, na livre escolha pelas partes do conteúdo de seus contratos, vontade que, depois de manifestada, deveria ser mantida.

Assim, “se os contraentes são livres para celebrar um pacto e o fazem, passam a assumir todas as obrigações convencionadas, segundo a vontade manifestada, devendo, pois, ser cumprido aquilo que foi acordado”<sup>74</sup>.

O princípio *pacta sunt servanda* seria o garantidor da segurança jurídica das relações, primeira e mais alta função dos contratos.

A possibilidade de alteração das obrigações contratuais por meio da cláusula *rebus sic stantibus* colocaria em perigo o próprio instituto dos contratos. Podemos ver esse pensamento traduzido na sentença CCI de 1971, prolatada no caso 1512:

O princípio “*Rebus sic stantibus*” é universalmente considerado com sendo de interpretação estrita e limitada, como uma perigosa exceção ao princípio da santidade dos contratos. Seja qual for a opinião ou interpretação que advogados de diferentes países posam ter a respeito do “conceito” de alteração das circunstâncias como uma desculpa para a não-performance, eles irão sem dúvida, concordar com a necessidade de limitar a aplicação da conhecida “doutrina *rebus sic stantibus*” [...]”<sup>75</sup>.

Ficou bem clara a resistência jurisprudencial em aceitar a *rebus sic stantibus* por ser contrária à santidade dos contratos.

O argumento de santidade dos contratos estaria fundamentado na vontade das partes. Assim, se as partes, de livre vontade, quiseram contratar, devem submeter-se às suas escolhas, materializadas em cláusulas contratuais, não podendo alegar nada diferente daquilo que sua vontade consentiu.

Por irônico que pareça, é justamente na vontade que os autores que defendem a *rebus sic stantibus* encontram a base para a sua existência, como podemos verificar, por exemplo, pela análise das palavras de Juan Martorell:

<sup>74</sup> DONNINI, Rogério Ferraz. **A revisão dos contratos no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 4.

<sup>75</sup> “The principle *Rebus sic stantibus* is universally considered as being of strict and narrow interpretation, as a dangerous exception to the principle of sanctity of contracts. Whatever the opinion or interpretation lawyers of different countries may have about the ‘concept’ of changed circumstances as an excuse for non-performance, they will doubtless agree on the necessity to limit the application of the so-called ‘doctrine *rebus sic stantibus*’... (JARVIN, Sigvard; DERAIS, Yves. **Collection of ICC arbitral awards: 1974-1975**. Paris: ICC Publishing S.A. p. 4).

El fundamento genérico de la sobreveniencia se halla en la voluntad contractual, en la formación de la cual no han entrado a formar parte aquellos hechos posteriores imprevistos e imprevisibles, que han turbado el equilibrio en el momento de perfeccionarse el contrato<sup>76</sup>.

Acrescenta ainda Juan Martorell que “no se trata de modificar el contrato sino de asegurar la verdadera ejecución del mismo pero respetando la voluntad de las partes en el momento de contratar”<sup>77</sup>.

Jairo Silva Mello tem opinião semelhante:

Permite a *rebus sic stantibus*, assim, proporcionar às partes a manutenção do equilíbrio contratual, preservando a vontade manifestada quando da celebração do contrato, bem como o ajuste pactuado de boa-fé pelos contratantes, sendo desnecessária, inclusive, sua previsão explícita<sup>78</sup>.

Com essa constatação, quer se afirmar que a vontade contratual, que embasa a *pacta sunt servanda*, foi alterada com os fatos novos, não se tratando mais do contrato pactuado, e sim algo alheio ao desejo inicial dos contraentes. Por essa razão, não poderá permanecer imutável a obrigação e a parte adstrita ao seu cumprimento tal e qual pactuado, vez que a vontade que o motivou já não seria mais a mesma, a *pacta sunt servanda* não existiria mais, pois já teria havido mudanças no contrato, por meio de mudanças ocorridas no próprio fundamento que lhe deu origem, a vontade.

As partes, ao darem nova direção às obrigações contratuais, estariam simplesmente buscando um retorno ao controle de suas vontades, e esta vontade, para ser respeitada, não poderia se ater à letra do contrato<sup>79</sup>.

A vontade das partes não deve sofrer alterações e, com certeza, não foi vontade das partes a modificação conjuntural e o desequilíbrio dos contratos, porque, provavelmente se soubessem da transfiguração que poderiam sofrer suas obrigações com o decurso do tempo, jamais teriam contratado da forma que o fizeram.

<sup>76</sup> MARTORELL, Juan Terraza. Ob. cit., p. 48.

<sup>77</sup> MARTORELL, Juan Terraza. Ob. cit., p. 134.

<sup>78</sup> MELLO, Jairo Silva. **Contratos internacionais e cláusulas hardship**. São Paulo: Aduaneiras, 2000, p. 95.

<sup>79</sup> STOFFEL-MUNCK, Phillipe. Ob. cit., p. 68.

Podemos lançar a pergunta: “as partes teriam contratado como contrataram se conhecessem o futuro”? E se a resposta for negativa, como certamente será, haverá para as partes a obrigatoriedade de rever seus contratos.

A vontade que impregna os contratos é inalterável, e assim deverá sê-lo até o final deles, ainda que seja necessário intervir no contrato para garantir que os desejos das partes sejam respeitados. É esse o real princípio *pacta sunt servanda*.

Seguindo essa linha de raciocínio, verificamos não haver conflito entre o princípio *pacta sunt servanda* e a *rebus sic stantibus*; seriam mesmo complementares.

Diversos autores são partidários da coexistência dos princípios, como Ugo Draetta e Ralph Lake, que lhes vêem como complementares:

Tradicionalmente, esses dois princípios são reputados contraditórios, enquanto que, de fato, deveriam ser considerados complementares. Eles dois representam interesses que merecem proteção<sup>80</sup>.

Dominique Blanco vislumbra nos dois princípios um equilíbrio, uma complementação:

[...] o princípio jurídico fundamental do respeito aos compromissos – *pacta sunt servanda* – é contrabalançado pelo princípio jurídico, igualmente fundamental, segundo o qual todos os tratados e pactos são concluídos *rebus sic stantibus*, ou seja, um contrato não é nada além do reflexo das circunstâncias que prevalecem no momento de sua conclusão<sup>81</sup>.

Para Maria Helena Póvoas, os dois temas são correlatos porque, “embora por trilhas antagônicas, levam ao mesmo destino, que é a garantia de um fim juridicamente protegido ou, pelo menos, almejado” e acrescenta ainda que os

<sup>80</sup> “Traditionnellement, ces deux principes sont réputés contradictoires, alors qu’ils devraient en fait être complémentaires. Ils représentent tous les deux des intérêts qui méritent protection” (DRAETTA, Ugo; LAKE, Ralph. *Contrats internationaux: pathologie et remèdes*. Bruxelles: Bruylant, 1996, p. 177).

<sup>81</sup> “Le principe juridique fondamental du respect des engagements – *pacta sunt servanda* – est contrebalancé par le principe juridique, également fondamental, selon lequel tous traités et pactes sont conclus *rebus sic stantibus*, c’est-à-dire qu’un contrat n’est jamais que le reflet des circonstances prévalant au moment de sa conclusion” (BLANCO, Dominique. *Négociier et rédiger un contrat international*. 3. ed. Paris: Dunod, 2002, p. 42).

“princípios [*pacta sunt servanda e rebus sic stantibus*], mais que contrapostos, se completam, porque o alcance de um só vai até o outro”<sup>82</sup>.

Manoel Rosário dos Santos entende que a cláusula *rebus sic stantibus* é, sumamente, um retorno à normalidade:

A Cláusula *rebus sic stantibus* visa, por conseguinte, à revisão dos contratos em questão, corrigindo a anormalidade para, justamente, garantir o retorno à normalidade contratual, isto é, resguardar sempre a “*idéia de segurança*”, sem o que o contrato, como forma, estaria a salvo, mas, como conteúdo, irremediavelmente perdido em sua contradição insanável<sup>83</sup>.

Podemos concluir que o uso da cláusula *rebus sic stantibus* visa, primordialmente, a corrigir o desvio da vontade, para promover o retorno dos contratos ao seu curso, à sua regularidade ou, no caso de sua rescisão, a impedir que as partes sejam obrigadas a cumprir com obrigações que nunca desejaram.

#### 2.1.4 CONDIÇÕES PARA REQUESTAR A PROTEÇÃO DA CLÁUSULA

Além de respeito à vontade das partes e à normalidade do contrato, a cláusula *rebus sic stantibus* tem seu fundamento na necessidade de equilíbrio das prestações, no fato de não se admitir em direito o enriquecimento ilícito, o enriquecimento de um contraente em detrimento da ruína de outro.

A noção de contrato “é a noção indissolúvelmente ligada à de *comutatividade* ou equilíbrio entre as prestações”<sup>84</sup>.

Obviamente, a invocação da cláusula *rebus sic stantibus* não pode ser feita para qualquer alteração da situação contratual.

Uma alteração que não envolva desequilíbrios injustos e onerosos não pode ser argüida pelas partes para alterar os pactos e fazer valer seus desejos de se liberar de seus compromissos.

<sup>82</sup> POVOAS, Maria Helena. A força obrigatória dos contratos e a teoria da imprevisão. **Revista Jurídica da Universidade de Cuiabá**, Cuiabá: EdUNIC, v. 1, n. 1, jul./dez. 1999, p. 95-102.

<sup>83</sup> SANTOS, Manoel Júlio Rosário dos. O direito de revisão do contrato: cláusula tácita da imprevisão contratual e a teoria da imprevisão – fundamentos – perfil jurídico e aspectos de sua aplicabilidade. **Revista Jurídica da Universidade de Cuiabá**, Cuiabá: EdUNIC, v. 1, n. 2, jan./jun. 2000, p. 17.

<sup>84</sup> COSTA, Judith H. Martins. A teoria da imprevisão e a incidência dos planos econômicos governamentais na relação contratual. **Revista dos Tribunais**, v. 670, ago. 1991, p. 41.

Conforme já indicado, os contratos estão ligados à vontade das partes, e esta foi manifestada consentindo em que as prestações tivessem um valor determinado para cada uma das partes. Ainda que haja modificações conjunturais e alteração na forma de cumprir os pactos, se essas não implicarem um impacto sobre a economia contratual, não há porque se falar em adaptação, pois as coisas permanecem de acordo com o ajuste inicial.

Juan Terraza Martorell argüi três casos condicionantes da cláusula *rebus sic stantibus*:

[...] grave incertidumbre en cuanto a la contraprestación, imposibilidad en cuanto al ejercicio del derecho, y finalmente los casos de prestaciones que aunque posibles por sí sería ir contra *bona fides* exigir las, imponiendo al deudor un sacrificio exorbitante<sup>85</sup>.

Irineu Strenger vai mais além e propõe outras qualidades requeridas para a ocorrência da cláusula:

[...] 1) imprevisibilidade da alteração; 2) que se produza uma alteração imprevista, de tal maneira que o negócio se torne extremamente oneroso; 3) que o risco não tenha sido motivo determinante do contrato, como ocorreria nos aleatórios; 4) que não tenha havido dolo em nenhuma das partes; 5) que o contrato seja de trato sucessivo, ou esteja referido a um momento futuro, de maneira que tenha certa duração, pois, para os contratos de execução instantânea ou aqueles que já tenham sido executados, não existe problema; 6) que a alteração das circunstâncias seja posterior à celebração do contrato<sup>86</sup>.

Na sentença CCI, proferida no Caso n° 4.145, de 1985, a Corte Arbitral considerou quais seriam as condições implícitas para a ocorrência de *rebus sic stantibus*:

Quanto à primeira possibilidade, *clausula rebus sic stantibus*, originariamente baseada no Art. 373 CO<sup>87</sup>, implica nas seguintes condições: uma mudança muito importante das circunstâncias; imprevista pelas partes; suficiente para

<sup>85</sup> MARTORELL, Juan Terraza. Ob. cit., p. 62.

<sup>86</sup> STRENGER, Irineu. **Contratos internacionais do comércio**. 3. ed. São Paulo: LTr, 1998, p. 193.

<sup>87</sup> Art. 373 do Código Suíço de Obrigações.

Disponível em: <http://www.admin.ch/ch/fr/rs/210/index.html>. Acesso em: 4 jan. 2004.

destruir a economia do contrato, o que é tornar a execução do contrato excessivamente árdua para uma das partes (ATF 104, 304). Estas condições estão preenchidas na presente questão e o juiz está habilitado a proceder a correção do contrato<sup>88</sup>.

Em nossa modesta opinião, a condição de maior relevância para se obter a proteção da cláusula é a onerosidade excessiva imposta a uma das partes. Essa onerosidade contraria todos os princípios de boa-fé e justiça defendidos pelo Direito.

### **2.1.5 QUEM PODE SOLICITAR A APLICAÇÃO DA CLÁUSULA *REBUS SIC STANTIBUS***

Ainda que intrínseca à existência dos contratos, seguindo os princípios gerais do Direito, só podem invocar a proteção da cláusula aqueles que estiverem diretamente envolvidos no contrato e contra quem labore a alteração das prestações e a onerosidade ruínosa.

É impensável admitir que terceiro, a quem não prejudique a cláusula, dela se socorra.

Menos ainda, seria possível admitir que aquele que não teve sua prestação alterada de forma significativa fizesse uso da cláusula para furtar-se às suas obrigações, pois seria contrariar o fundamento da *rebus sic stantibus*.

Sendo assim, requer-se legítimo interesse para a invocação da cláusula, materializado na possibilidade de prejuízo ruínoso.

### **2.1.6 ESPÉCIES DE CONTRATO EM QUE A CLÁUSULA PODERÁ INCIDIR**

A primeira dúvida acerca da utilização da cláusula está em quais espécies de contrato admitem a cláusula *rebus sic stantibus*, se os contratos de execução

---

<sup>88</sup> “As to the first possibility, *clausula rebus sic stantibus*, originally based on Art. 373 CO, implies the following conditions: a very important change of circumstances; unforeseen by the parties; such as to destroy the economy of the contract, that is to render the execution of the contract excessively hard for one of the parties (ATF 104, 314). These conditions are fulfilled in the present matter and the judge is entitled to proceed to correct the contract” (JARVIN, Sigvard; DERAÏNS, Yves; ARNALDEZ, Jean-Jacques. *Collection of ICC arbitral awards. 1986-1990*. Paris: ICC Publishing, p. 65).

imediatas<sup>89</sup> admitem, ou se apenas está admitida nos contratos de longa duração ou de execução sucessiva<sup>90</sup>.

Parece-nos claro que a cláusula *rebus sic stantibus* exige certo lapso de tempo entre a assinatura do contrato e seu cumprimento, pois, para os contratos de execução imediata, não haveria grande risco de ocorrer situações novas.

Assim, para que haja mudança nas circunstâncias, faz-se necessário o decurso de certo prazo, ainda que pequeno. Não há que se falar em alterações de circunstâncias para obrigações que se aperfeiçoam e resolvem em um só instante.

Juan Martorell pensa que a cláusula pode existir em qualquer tipo de contrato, desde que sua execução seja em prazo diferente do de sua conclusão:

[...] en contra de quienes creen que la cláusula *rebus sic stantibus* deba reconocerse solamente a esta categoría de contratos (que se prolongan), está la evolución histórica de dicha máxima de la cual resulta fue reconocida en toda especie de negocio, y basta para ello mirar cualquier antiguo texto de derecho<sup>91</sup> [...]: En realidad la sobreveniencia tiene lugar frecuentemente en casos de ejecución continuada, pero no es posible negar que la misma pueda darse también en contratos instantáneos diferidos en su ejecución<sup>92</sup>.

Laborando um espaço de tempo entre a conclusão e execução dos contratos, ainda que seja um tempo curto, opinamos seja possível a utilização da cláusula *rebus sic stantibus*.

Em realidade, não há uma cláusula *rebus sic stantibus*. Apesar da denominação que recebe, trata-se de um princípio do direito, e não de uma cláusula propriamente dita.

Tratando-se de um princípio jurídico, existem opiniões no sentido de que a cláusula é admissível em todos os contratos de forma implícita, não havendo necessidade de menção expressa de sua existência, bastando transcorrer um espaço de tempo entre o momento da assinatura do contrato e sua execução.

Anui com o caráter implícito da cláusula Jairo Silva Mello:

<sup>89</sup> Contratos de execução imediata são aqueles em que o momento de realização das prestações é coincidente e se cumprem sem espaço de tempo.

<sup>90</sup> Contratos de longa duração, ou de execução sucessiva, são contratos em que as obrigações se executam de modo continuado, por um tempo determinado ou indeterminado. A execução do contrato se protraí no tempo, e seu término depende da finalização das prestações.

<sup>91</sup> MARTORELL, Juan Terraza. Ob. cit., p. 46.

<sup>92</sup> MARTORELL, Juan Terraza. Ob. cit., p. 47.

A cláusula *rebus sic stantibus* passou, então, a ser interpretada como aquela que se reputa como subentendida nos contratos permanentes. Através dela a convenção pactuada pelas partes vigoraria enquanto o estado das coisas não estivesse sujeito a modificações essenciais na sua execução, mantendo-se no contrato, destarte, as condições existentes no dia da sua formação<sup>93</sup>.

Temos idêntico entendimento em Irineu Strenger: “Devemos admitir a existência da cláusula *rebus sic stantibus*, como subentendida na contratação”<sup>94</sup>.

Para Caio Mario da Silva Pereira, a cláusula *rebus sic stantibus* consiste:

[...] em presumir, nos contratos comutativos, uma cláusula, que não se lê expressa, mas figura implícita, segundo a qual os contratantes estão adstritos ao seu cumprimento rigoroso, no pressuposto de que as circunstâncias ambientes se conservem inalteradas no momento da execução, idênticas às que vigoravam no da celebração<sup>95</sup>.

Manoel dos Santos vislumbra o princípio *rebus sic stantibus* como cláusula “ingênita” aos contratos<sup>96</sup>, ou seja, nascida, inata aos seus termos.

Na doutrina estrangeira encontramos a opinião de Juan Terraza Martorell, no sentido do subentendimento da cláusula nos contratos.

El contrato a largo plazo no puede tener significado jurídico sin la cláusula *rebus sic stantibus*, que es ideológicamente de igual naturaleza a similares géneros de contrato, es pues una autolimitación de la voluntad siempre sobreentendida. Es por tanto una *presumptio iuris* que cede a la prueba del contrario, pero que la lógica y la equidad reclaman en todo contrato a largo término<sup>97</sup>.

A jurisprudência também entrevê o subentendimento da *rebus sic stantibus* nos contratos. Com a leitura do voto de Carlos S. Fayt<sup>98</sup>, em sentença

<sup>93</sup> MELLO, Jairo Silva. *Contratos internacionais e cláusulas hardship*. São Paulo: Aduaneiras, 2000, p. 95.

<sup>94</sup> STRENGER, Irineu. Ob. cit., p. 248.

<sup>95</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. Ob. cit., p. 109, § 216.

<sup>96</sup> SANTOS, Manuel Júlio Rosário dos. O direito de revisão dos contratos: cláusula tácita da imprevisão contratual e a teoria da imprevisão – fundamentos – perfil jurídico e aspectos de sua aplicabilidade. *Revista Jurídica da Universidade de Cuiabá*, Cuiabá: EdUNIC, v. 1, n. 2, p. 11-33, jan./jun. 2000, p. 14.

<sup>97</sup> MARTORELL, Juan Terraza. Ob. cit., p. 61.

<sup>98</sup> FAYT, Carlos S. Juiz da Corte Suprema da Argentina.

da Corte Suprema da Argentina, prolatada em Recurso Extraordinário, fica inequívoca essa presunção:

La lesión sobreviniente, producto de un hecho extraordinario e imprevisible, hace aplicable la cláusula *rebus sic stantibus*, considerada implícita en todo contrato, aun en los administrativos, por aplicación del art. 1198 del Código Civil<sup>99</sup>.

Como a justiça e a equidade são fundamentos do Direito e devem pautar as ações humanas de forma natural e espontânea, assim também temos a cláusula *rebus sic stantibus* como ínsita aos princípios contratuais e existente independentemente da vontade das partes.

## 2.2 TEORIA DA IMPREVISÃO

### 2.2.1 DEFINIÇÃO

Na seara da adaptação e modificação dos contratos surge a teoria da imprevisão, pela qual a ocorrência de fatos novos, eventos ou situações imprevistas no momento da assinatura de um contrato que venham a influir diretamente sobre ele, dificultando sobremaneira a prestação de uma das partes, podendo causar-lhe dano, permite às partes rever os termos do contrato ou solicitar judicialmente sua revisão, para reequilibrá-lo ou reconduzi-lo às condições inicialmente avençadas.

Transcrevemos abaixo algumas definições da imprevisão apresentadas pela doutrina.

Juan Martorell apresenta a teoria da imprevisão como sendo a possibilidade de modificação contratual ante a alteração das circunstâncias:

---

<sup>99</sup> Sentença prolatada em 29/03/90, em processo da empresa Dulcamara contra as Empresa Nacional de Telecomunicações, pela Corte Suprema da Argentina. Disponível em: <<http://www.csjn.gov.ar/jurisp/principal.htm>>. Acesso em: 20 jul. 2004.

Aquella que admite la revisión de un contrato (resolución u modificación) cuando las condiciones de ejecución se encuentran notablemente alteradas, por circunstancias que las partes no pudieron racionalmente prever en el momento de la conclusión<sup>100</sup>.

Carlos Alberto Bittar Filho descreve a teoria da imprevisão como a alteração do estado das coisas existente no momento da contratação:

[...] a radical modificação do estado de fato do momento da contratação, determinada por acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, dos quais decorra onerosidade excessiva no cumprimento da obrigação contratual e, assim, a possibilidade de revisão contratual<sup>101</sup>.

A definição encontrada no Tratado Elementar de Direito Civil, de Henri de Page, não difere muito das anteriores, consistindo a imprevisão, para esse autor, no desequilíbrio das prestações:

[...] a imprevisão consiste, assim, no desequilíbrio das prestações recíprocas que vem a se produzir, nos contratos de prestações recíprocas sucessivas ou diferidas, pelo efeito de eventos ulteriores à formação do contrato, independentes da vontade das partes, e se revelando de tal forma extraordinários, de tal forma anormais, que não seria muito provável razoavelmente prevêê-los<sup>102</sup>.

Em comum, as definições apresentadas trazem a alteração sofrida pelo contrato em razão de fatos que as partes não puderam prever no momento da contratação.

## 2.2.2 TEORIA DA IMPREVISÃO X CLÁUSULA *REBUS SIC STANTIBUS*

<sup>100</sup> MARTORELL, Juan Terraza. Ob. cit., p. 131.

<sup>101</sup> BITTAR FILHO, Carlos Alberto. **Teoria da imprevisão**: dos poderes do juiz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 31.

<sup>102</sup> “L’imprévision consiste donc dans le déséquilibre des prestations reciproques qui vient à se produire, dans les contrats à prestations reciproques successives ou differées, par l’effet d’événements ultérieurs à la formation du contrat, indépendants de la volonté des parties, et se révélant tellement extraordinaires, tellement anormaux, qu’il n’était guère possible de raisonnablement les prévoir” (DE PAGE, Henri. **Traité élémentaire de Droit Civil belge**. 3. ed. Bruxelles: Bruylant, 1964, Tome III, p. 559).

Não resta dúvida de que a teoria da imprevisão guarda íntima relação com a cláusula *rebus sic stantibus*<sup>103</sup>, a ponto de alguns autores admitirem-nas como sendo o mesmo princípio ou, ainda, aquela como nova denominação desta.

Autores como Anísio J. Oliveira<sup>104</sup>, Maria Luiza Granziera<sup>105</sup> e Márcio Klang<sup>106</sup> vêem na imprevisão a versão moderna ou a nova roupagem da cláusula *rebus sic stantibus*.

Humberto Theodoro Junior vislumbra na teoria da imprevisão o renascimento da cláusula *rebus sic stantibus*:

Qual fênix imortal, porém, a cláusula *rebus sic stantibus*, quando já era tida como totalmente superada, veio a ressurgir, com novo e multiplicado vigor, em nosso século, ao tempo em que a economia européia teve de enfrentar os horribéis desequilíbrios subseqüentes à Primeira Guerra Mundial. Já então se lhe dava nova roupagem sob o nome de “teoria da imprevisão”<sup>107</sup>.

Philippe Stoffel-Munck é partidário da não-existência de diferenças entre as teorias. Nota-se claramente sua opinião quando menciona que a teoria da imprevisão teria surgido na Idade Média:

[...] se desenvolveu na Idade Média uma doutrina de imprevisão de amplitude geral. Sob a influência dos glosadores e dos canonistas, os autores do século XIV ao século XVII generalizam a idéia segundo a qual o abalo das circunstâncias que cercam a execução do contrato privam o compromisso de seu vigor normal. Desta forma, BARTOLE, BALDE, TIRAQUELLE e, mais tarde, ALCIAT admitem a famosa cláusula *Rebus sic stantibus*<sup>108</sup>.

103 *Rebus sic stantibus* trata-se de uma locução latina cujo significado vocabular é “o mesmo estado das coisas” ou “a subsistência das coisas”. Ver capítulo anterior referente à cláusula *rebus sic stantibus*.

<sup>104</sup> OLIVEIRA, Anísio José de. **A teoria da imprevisão nos contratos**. São Paulo: Leud, 1991, p. 37.

<sup>105</sup> GRANZIERA, Maria Luiza Machado. **Contratos internacionais: negociação e renegociação**. São Paulo: Ícone, 1993, p. 89.

<sup>106</sup> KLANG, Márcio. Ob. Cit., p. 16.

<sup>107</sup> THEODORO JUNIOR, Humberto. **O contrato e seus princípios**. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide, 1999, p. 114.

<sup>108</sup> “[...] s’est développée au Moyen Âge une doctrine de l’imprévision de portée générale. Sous l’influence des glossateurs et des canonistes, les auteurs du XIVème au XVIIème siècle généralisent l’idée selon laquelle le bouleversement des circonstances entourant l’exécution du contrat privent l’engagement de sa vigueur normale. Ainsi, BARTOLE, BALDE, TIRAQUELLE et, plus tard, ALCIAT amettent-ils la fameuse clause *rebus sic stantibus*” (STOFFEL-MUNCK, Phillipe. Ob. Cit., p. 19).

Esse histórico apresentado por Phillipe Stoffel-Munck é aquele relatado por alguns autores como sendo o do surgimento da cláusula *rebus sic stantibus*, conforme já tivemos a oportunidade de analisar em item anterior.

Caio Mario da Silva Pereira, em suas reflexões, encontra na teoria da imprevisão uma adaptação da cláusula *rebus sic stantibus*:

Os escritores, tanto entre nós quanto no estrangeiro, procuraram adaptar a velha cláusula *rebus sic stantibus* às condições atuais [...]. A que, ao nosso ver, melhor atende às injunções sistemáticas é a da imprevisão<sup>109</sup>.

Em sua tese, quase que inteiramente voltada para a teoria da imprevisão, Nelson Borges conclui ser a cláusula *rebus sic stantibus* a “semente da teoria da imprevisão”<sup>110</sup>.

De fato, verifica-se uma estreita conexão entre a cláusula *rebus sic stantibus* e a teoria da imprevisão. Podemos admitir que esta se derive daquela, contudo não são admissíveis como sinônimos.

Tanto a cláusula *rebus sic stantibus* como a teoria da imprevisão referem-se a alterações no contrato, após sua conclusão, que oneram as prestações para uma das partes, tornado o pacto injusto e desequilibrado.

Existem algumas diferenças fundamentais entre os dois institutos.

Em primeiro lugar, a cláusula *rebus sic stantibus*, em sua origem, destinava-se à rescisão contratual pelo advento de fatos novos e imprevisíveis, enquanto a teoria da imprevisão, em demonstração clara de evolução, prevê a alteração das obrigações contratuais como possibilidade de reequilíbrio das obrigações.

Outro elemento que diferencia as teorias é a ênfase doutrinária à valoração do elemento-surpresa na teoria da imprevisão, em que se verifica o grau da imprevisão do acontecimento para saber da incidência da cláusula, o que não nos parece era apreciado na cláusula *rebus sic stantibus*.

Ainda há uma diferença fundamental entre os dois institutos, que é a necessidade de previsão contratual ou legal da imprevisão, conforme

<sup>109</sup> PEREIRA, Caio Mario da Silva. Ob. cit., p. 110.

<sup>110</sup> BORGES, Nelson. **Inexecução voluntária das obrigações civis e teoria da imprevisão**. 1966. Dissertação (Mestrado em Direito) - Curso de Pós-Graduação em Direito, Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 1966, p. 79.

analisaremos posteriormente, enquanto a cláusula *rebus sic stantibus* encontra apoio de existência supratextual e legal, como princípio ínsito aos contratos.

Assim, assentimos na opinião doutrinária acima citada que propala ser a teoria da imprevisão derivada da *rebus sic stantibus* e discordamos de que sejam iguais, apenas com denominação diferenciada, pois temos que a possibilidade de modificação contratual, a valoração da imprevisibilidade e a necessidade de prescrição contratual ou legal da imprevisão são fatos novos, agregados quando do ressurgimento do instituto.

### 2.2.3 REQUISITOS PARA A IMPREVISÃO

Para que se caracterize a imprevisão é imprescindível sejam preenchidos alguns requisitos. Estes devem ser analisados em sua individualidade para que possamos ter a exata noção de seus significados e também para nos permitir a percepção exata das sutis diferenças que o instituto da imprevisão guarda com a cláusula *rebus sic stantibus*.

#### 2.2.3.1 Do Risco

Todo contrato admite uma margem de risco para os contratantes. O risco é elemento inerente aos contratos. Tentar eliminar todo e qualquer risco é louvável, mas quase impossível, e querer rever o contrato por diferenças mínimas incidentes nas responsabilidades das partes seria impraticável.

Não se pode falar em imprevisão quando a alteração contratual é resultado do risco natural dos contratos.

Um mínimo de risco é inerente à própria vida e deve ser aceito como uma lei da natureza<sup>111</sup>.

Analisemos a decisão prolatada em 1983 pela Corte de Catania, Itália, no caso *Telecolor International ICI contra Greyhound Financial & Leasing Corporation*, que sustenta perfeitamente a idéia ora apresentada:

---

<sup>111</sup> STOFFEL-MUNCK, Phillipe. Ob. cit., p. 71.

Em 1978 uma companhia suíça e uma companhia italiana concluíram um contrato de *leasing* de câmeras de televisão e equipamento de gravação. O contrato previa 20 prestações de *leasing* em dólares durante diversos anos. Depois de realizar alguns pagamentos, a companhia italiana alegou que a piora na taxa de câmbio entre o dólar americano e a lira italiana tinham produzido um desequilíbrio excessivo e pedia a rescisão do contrato. Ao mesmo tempo, parou de pagar os *leasings*. A companhia suíça se opôs ao pedido da companhia italiana, argumentando que em um contrato de *leasing* todos os riscos, incluindo qualquer piora na taxa de câmbio, são responsabilidades do locatário, não sendo em qualquer caso imprevisível nem extraordinária. A Corte de Catania rejeitou o primeiro argumento do locador, sustentando que em um contrato de *leasing* os riscos nascidos para o locatário são somente aqueles conectados com o uso dos bens. Contudo, a Corte aceitou o segundo argumento do locador que, uma vez que as partes haviam negociado o pagamento em uma moeda estrangeira a qual tinha uma taxa de câmbio contra outras moedas notoriamente influenciada por fatores políticos e manobras financeiras, variações na taxa de câmbio tinham sido aceitas como um risco normal e eram conseqüentemente previsíveis<sup>112</sup>.

Na decisão citada pode-se vislumbrar a aceitação de certo risco contratual inato. A Corte italiana rejeitou o argumento de que todos os riscos seriam próprios do contrato, mas acatou um risco mínimo como sendo natural daquele tipo de contratação.

Segundo a análise de Martorell, prestações futuras possuem um risco próprio, e aquele que pactua um contrato com esse tipo de prestação tem que “sujetarse al riesgo determinado que es propio del tipo particular de contratación de que se trata”<sup>113</sup>.

O que não se pode admitir é que o risco assuma proporções de tal magnitude que possa levar uma das partes contratantes à derrocada, pois,

<sup>112</sup> “In 1978 an Italian and Swiss company concluded a hire purchase contract for television cameras and recording equipment. The contract provided for 20 rental payments in dollars over several years. After making a few payments, the Italian company claimed that the worsening of the exchange rate between the US dollar and Italian lira had produced an excessive imbalance and asked for rescission of the contract. At the same time it ceased its rental payments. The Swiss company opposed the Italian company’s claim, arguing that in a hire purchase contract all the risks, including any worsening of the exchange rate, are incumbent on the lessee, and that the worsening of the exchange rate was in any event neither unforeseeable nor extraordinary. The Court of Catania rejected the first argument of the lessor, holding that in a hire purchase contract the risks borne by the lessee are only those connected with the use of goods. However, the Court accepted the lessor’s second argument that, since the parties had negotiated payment in a foreign currency which had an exchange rate against other currencies notoriously influenced by political factors and by financial manoeuvres, variations in the exchange rate had been accepted as a normal risk and were consequently foreseeable” (RUBINNO-SAMMARTANO, Mauro. **International arbitration law**. Boston: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1990, p. 11).

<sup>113</sup> MARTORELL, Juan Terraza. Ob. cit., p. 32.

certamente, não estava dentro dos limites de probabilidade de insucesso antevistos no momento da contratação:

Phillipe Stoffel-Munck efetua comentário nesse sentido:

Como se pode admitir que um homem possa ser conduzido à ruína, tornando-se escravo de um contrato que se tornou desastroso apenas pela força das coincidências que vêm destruir todas as previsões razoáveis e legítimas?<sup>114</sup>.

Admitir a ruína de um contratante contraria todos os princípios gerais do direito: a boa-fé, o dever de lealdade e de justiça.

Ante o imprevisto e o risco incalculável, deve ser concedido, à parte prejudicada, o direito de rever o contrato, em nome da Justiça, ou, nas sábias palavras de Caio Mário da Silva Pereira:

[...] quando é ultrapassado um grau de razoabilidade, que o jogo da concorrência livre tolera, e é atingido o plano de desequilíbrio, não pode omitir-se o homem de direito, e deixar que em nome da ordem jurídica e por amor ao princípio da obrigatoriedade do contrato um dos contratantes leve o outro à ruína completa, e extraia para si o máximo benefício<sup>115</sup>.

### 2.2.3.2 O Tempo

O elemento tempo pode ser desastroso para um contrato. Para aqueles contratos de execução imediata, o decurso de prazo tem pouca ou nenhuma influência, enquanto, para aqueles contratos cuja execução se protraí no tempo, pode trazer impactos danosos.

A situação prevista pelas partes no momento da assinatura dos contratos é clara, determinada e precisa. Pode haver, conforme já mencionamos, certo risco natural dos negócios, esperado pelas partes, mas algumas vezes este é largamente superado durante a execução dos contratos, e as partes são postas diante de situações que não podiam prever no momento da contratação, ou que, se previram, não podiam vislumbrar a amplitude de seu impacto danoso sobre o contrato.

<sup>114</sup> STOFFEL-MUNCK, Phillipe. Ob. cit., p. 16.

<sup>115</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. Ob. cit., p. 108, § 216.

Esse agravamento no risco natural do contrato ocorre mais facilmente quando há certo decurso de tempo entre a execução e a conclusão dos termos.

Marcel Planiol e Georges Ripert, em sua obra clássica, expuseram essa noção de possibilidade de prejudicialidade temporal sobre os contratos:

Qualquer contrato que não é executado imediatamente expõe o devedor a uma álea, favorável ou desfavorável, na seqüência das modificações nas circunstâncias dos fatos que condicionam a execução<sup>116</sup>.

Assim, as partes, ao adentrarem contratações de longo tempo, devem estar cientes das possibilidades da influência do tempo sobre seus contratos e de ocorrerem alterações nas circunstâncias que causem desequilíbrios em seus pactos, obrigando-as a rever o caminho traçado inicialmente, para reencaminhar o contrato a cumprir o intento pretendido.

Nota-se que, bem como na cláusula *rebus sic stantibus*, a imprevisão só laborará seus efeitos em contrato de maior duração ou que “comporte prestações futuras”<sup>117</sup>.

Assevera Rogério Ferraz Donnini que contrato comutativo de execução *diferida* ou *sucessiva*, é *conditio sine qua non* para aplicação da teoria da imprevisão<sup>118</sup>.

Caio Mário da Silva Pereira compreende que a vigência de um contrato de execução *diferida* ou *sucessiva* é requisito necessário para a teoria da imprevisão<sup>119</sup>.

Entendemos a necessidade de um lapso de tempo entre a assinatura dos contratos, o início de sua vigência e seu término, com a execução dos objetivos, como elemento de base da imprevisão, ainda que esse tempo não seja longo ou indefinido.

<sup>116</sup> “Tout contrat qui n’est pas exécuté immédiatement expose le débiteur à un aléa, favorable ou défavorable, par suite des modifications dans les circonstances des faits qui en conditionnent l’exécution” (PLANIOL, Marcel; RIPERT, Georges. **Traité pratique de Droit Civil français**: Obligations. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1952. Tome IV. p. 526-527).

<sup>117</sup> “[...] il faut que le contrat comporte des *prestations futures*” (PLANIOL, Marcel; RIPERT, Georges. Ob. cit., p. 537).

<sup>118</sup> DONNINI, Rogério Ferraz. Ob. cit., p. 62.

<sup>119</sup> “Para que se possa, sob fundamento da teoria da imprevisão, atingir o contrato, é necessário que ocorram requisitos de apuração certa: a) vigência de um contrato de execução *diferida* ou *sucessiva*” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. Ob. cit., p. 111, § 116).

### 2.2.3.3 Alteração das Circunstâncias e da Vontade das Partes

Assumindo-se que há um risco razoável em todo contrato, verifica-se que o decurso do tempo pode agravar esse risco de forma a provocar desequilíbrios para as partes envolvidas nos contratos.

Esses desequilíbrios ocorrem em virtude da alteração das circunstâncias existentes ao momento da contratação.

Essa alteração ou alterações circunstanciais podem ser provocadas por modificações na conjuntura econômica, como flutuações cambiais, inflação, quebras em mercado de valores, guerras, conflitos ou greves, enfim, por um sem-número de situações externas ao contrato, mas que tenham influência direta nele.

Em observação da história, é possível corroborar “a influência que pode ter sobre um contrato privado uma guerra, uma crise econômica ou social ou uma revolução industrial”<sup>120</sup>.

Conforme já mencionado, as situações que provocam a modificação das circunstâncias, normalmente, não foram, nem podiam ser previstas pelas partes, pois, se fossem, talvez as partes não tivessem assumido compromissos da forma como assumiram.

Rogério Ferraz Donnini é desta opinião:

A alteração radical das condições econômicas no momento da execução do contrato, em confronto com as do instante da sua formação, faz com que as partes, se pudessem prever a alteração das circunstâncias, não teriam firmado a avença<sup>121</sup>.

Assim, havendo alteração da conjuntura que afete de forma daninha a execução do contrato, haverá aí um elemento de indicação da imprevisão e da possibilidade de revisão dos contratos.

Na compreensão de Jorge Mosset Iturraspe, há um abuso de prerrogativas na insistência do exercício dos direitos diante das mudanças circunstanciais:

[...] pensamos que alteradas las circunstancias, modificado el ambiente que las partes tuvieron en mira y los decidió a

<sup>120</sup> “L’histoire souvent montre l’influence que pouvaient avoir sur un contrat privé, une guerre, une crise économique ou sociale ou une révolution industrielle” (FABRE, Regis. Les clauses d’adaptation dans les contrats. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, Paris: Sirey, n. 1, 1983, p. 2).

<sup>121</sup> DONNINI, Rogério Ferraz. Ob. cit., p. 63.

contratar, abusa de sus prerrogativas quien pretende ejercer sus derechos “como si nada hubiera ocurrido”, sordo al bramido de las mutaciones<sup>122</sup>.

O contrato é um acordo de vontades em que as partes, tendo em mente um momento certo e suas necessidades, assentem em assumir uma série determinada de compromissos. A alteração da conjuntura que representar um impacto sobre o contrato faz com que as obrigações agravadas ou modificadas por ela sejam alheias à vontade das partes, ou seja, que não mais sejam aquelas com as quais as partes consentiram no momento da formação dos contratos.

Ora, se a vontade inicial não mais existe, alterada pelas circunstâncias, também o contrato poderia deixar de existir, vez que fruto da união de desejos das partes, mas, como há interesse da sociedade e dos contratantes na continuidade dos contratos, melhor é admitir a possibilidade de sua renovação e alteração.

Na verdade, “No se trata de modificar el contrato sino de asegurar la verdadera ejecución del mismo pero respetando la voluntad de las partes en el momento de contratar”<sup>123</sup>.

A teoria da imprevisão serve apenas para reencaminhar os negócios das partes à situação existente no momento do assentimento, só alterando “o que não está adstrito à manifestação volitiva”<sup>124</sup>.

### 2.2.3.4 Excessiva Onerosidade e a Imprevisibilidade

Não basta, contudo, para a revisão do contrato, que tenha havido um risco desmedido, que o decurso do tempo tenha agido sobre ele ou, ainda, que as circunstâncias nas quais o contrato foi pactuado tenham sido alteradas, modificando a vontade inicial das partes, se dessas ocorrências não tenha havido,

<sup>122</sup> ITURRASPE, Jorge Mosset. **La frustración del contrato**. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 1991. p. 77.

<sup>123</sup> MARTORELL, Juan Terraza. **Modificación y resolución de los contratos por excesiva onerosidad o imposibilidad en su ejecución: teoría de la cláusula *rebus sic stantibus***. Barcelona: Bosch, 1951, p. 133.

<sup>124</sup> PÓVOAS, Maria Helena. A força obrigatória dos contratos e a teoria da imprevisão. **Revista Jurídica da Universidade de Cuiabá**, Cuiabá: EdUNIC, v. 1, n. 1, p. 95-104, jul./dez. 1999, p. 102.

para uma das partes, um aumento excessivo de suas obrigações, de tal forma que o seu cumprimento possa trazer-lhe grandes dificuldades e até a sua ruína.

A revisão do contrato não pode ser efetuada diante de qualquer alteração que não traga prejuízos gravíssimos para uma das partes, pois se estaria retirando dos contratos sua segurança e criando uma situação de instabilidade permanente para as partes, na qual, a qualquer momento, por menor que fosse a razão, poderia ser demandada a revisão ou até a rescisão contratual por alterações.

A possibilidade de renegociar e adaptar os contratos deve estar sempre circunscrita àquelas situações nas quais a execução de uma obrigação se torne excessivamente onerosa para o devedor<sup>125</sup>.

Também é necessária, para admitir a revisão, a ocorrência de um acontecimento extraordinário, fora da previsão humana, ou de conseqüências não vislumbradas, que torne para o devedor tão difícil e onerosa a execução que seja um sacrifício desproporcional para a utilidade que se previu para o contrato<sup>126</sup>.

Marcel Planiol e Georges Ripert opinaram pela necessidade de que a modificação superveniente no valor das prestações fosse muito além da previsão das partes, devendo ser respeitado o contrato até o limite do justo:

[...] é necessário que a modificação superveniente ocorrida no valor das prestações ou serviços ultrapasse em muito as previsões que podiam ser razoavelmente feitas na época da convenção. O contrato deve ser respeitado contanto que a injustiça não se torne intolerável<sup>127</sup>.

Para se admitir a imprevisão, a onerosidade excessiva deverá ser visível e mensurável, podendo vislumbrar-se quais são os seus efeitos danosos e injustos sobre as obrigações.

### 2.2.3.5 Admissão Legal ou Jurisprudencial da Teoria

<sup>125</sup> “Il s’agit de limiter l’obligation de renégocier aux seules situations dans lesquelles l’exécution de l’obligation deviendrait excessivement onéreuse pour le débiteur” (OSMAN, Filali. *Les principes généraux de la Lex Mercatoria*. Paris: L.G.D.J., 1992, p. 164).

<sup>126</sup> MARTORELL, Juan Terraza. Ob Cit., p. 138.

<sup>127</sup> “Il faut que la modification survenue dans la valeur des prestations ou services *dépasse de beaucoup les prévisions* qui pouvaient être raisonnablement faites à l’époque de la convention. Le contrat doit être respecté tant que l’injustice ne devient pas intolérable” (PLANIOL, Marcel; RIPPERT, Georges. Ob. cit., p. 537).

Ainda que o contrato seja atingido pelos fatores que configuram os requisitos acima citados, se não houver previsão legal ou contratual da teoria da imprevisão, no foro de solução de controvérsias do contrato, dificilmente ela poderá ser usada, salvo no caso de renegociação entre as partes, onde é a própria vontade que criou o contrato que modificará o seu conteúdo.

Osman Filali descreve bem essa idéia: “a admissão da imprevisão, mesmo fundada no princípio da boa-fé, decorre exclusivamente de uma *lex contractus* nacional reconhecendo a teoria”<sup>128</sup>.

No caso de necessidade de recurso ao Judiciário para promover a revisão contratual ou a rescisão, em virtude de imprevisão, somente se os tribunais admitirem jurisprudencialmente, ou se legalmente houver amparo, poderá ser lançada mão desse recurso.

Em suma, os requisitos para a ocorrência da imprevisão são: 1) o risco desmedido; 2) o decurso de prazo entre a assinatura do contrato e seu cumprimento; 3) a alteração das circunstâncias de forma não prevista e não previsível pelas partes, modificando o que foi inicialmente pretendido pelas partes e motor da manifestação de suas vontades; 4) a excessiva onerosidade que a alteração acarreta para uma das partes, podendo levá-la a prejuízos que signifiquem sua ruína; e 5) previsão legal ou jurisprudencial admitindo a teoria.

No tocante a esse último requisito, há certa diversidade entre a teoria da imprevisão e a cláusula *rebus sic stantibus*, pois esta é considerada por boa parte da doutrina, conforme já demonstramos, como inerente ao instituto dos contratos, ainda que neles não expressamente prevista ou admitida em lei.

## 2.2.4 QUEM PODE RECORRER À TEORIA DA IMPREVISÃO

Não há muitas dúvidas no que concerne a quem pode fazer uso da teoria da imprevisão. Obviamente, somente aquele que estiver na iminência de sofrer o prejuízo, que teve ou terá sua obrigação agravada de forma absurda, poderá solicitar a revisão, a renegociação, a alteração e até o término do contrato com base na teoria da imprevisão.

<sup>128</sup> “[...] l’admission de l’imprévision, même fondée sur le principe de bonne foi, découle exclusivement d’une *lex contractus* nationale connaissant la théorie” (OSMAN, Filali. *Les principes généraux de la Lex Mercatoria*. Paris: L.G.D.J., 1992, p. 153).

Caio Mario da Silva Pereira consegue a perfeita concisão dessa idéia:

[...] se tiver ocorrido modificação profunda nas condições objetivas coetâneas da execução, em relação às envolventes na celebração, imprevistas e imprevisíveis em tal momento, e geradoras de onerosidade excessiva para um dos contratantes, ao mesmo passo que para o outro proporciona lucro desarrazoado, cabe ao prejudicado insurgir-se e recusar a prestação<sup>129</sup>.

## 2.2.5 O QUE SE PODE DENOMINAR IMPREVISÍVEL

O que verdadeiramente podemos denominar imprevisível?

É possível afirmar que poucas são as coisas e os fatos realmente imprevisíveis para o homem, como atesta Maria Helena Póvoas: “em tese, embora nem tudo seja previsto, tudo é previsível”<sup>130</sup>.

Essa assertiva nos deixa uma dúvida: qual é a imprevisibilidade que é capaz de levar à revisão dos contratos? Certamente, aquele fato cuja ocorrência ou alcance não foram antevistos pelos contratantes, pelo fato de que, no momento da contratação, não havia indicativos que fizessem prever a ocorrência de certos fatos ou situações, como, por exemplo, uma súbita declaração de guerra entre duas nações aparentemente amigas.

Há que se valorar a imprevisibilidade dos fatos incidentes sobre os contratos, sob pena de considerar-se tudo como previsível e jamais podermos caracterizar a incidência da teoria da imprevisão.

A imprevisibilidade deve ser tomada do ponto de vista de um profissional diligente, que avalia de forma razoável a probabilidade da realização de obstáculos à execução que podem acontecer<sup>131</sup>.

E se, observados todos os preceitos de cautela e acuidade que devem embasar a conduta dos contratantes, ainda assim o contrato vier a ser atingido por fatos que as partes não poderiam prever, por não estar a seu alcance a

<sup>129</sup> PEREIRA, PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986. v. III, p. 111, § 216.

<sup>130</sup> POVOAS, Maria Helena. A força obrigatória dos contratos e a teoria da imprevisão. **Revista Jurídica da Universidade de Cuiabá**, Cuiabá: EdUNIC, v. 1, n. 1. jul./dez. 1999, p. 101.

<sup>131</sup> HEUZÉ, Vicent. **Traité des contrats : la vente internationale de marchandises**. Paris: L.G.D.J., 2000, p. 424.

informação necessária no momento da celebração do contrato ou por qualquer outra razão fora de seu controle normal, e que comprometem a execução do pacto da forma querida pelos contratantes, ou agravem a obrigação de um deles, estaremos diante da imprevisão.

Não existe realmente a imprevisibilidade, mas, sim, eventos não previstos para um determinado contrato, uma determinada situação, e é com base nesse princípio que se deve aplicar a teoria da imprevisão.

Seguindo essa linha de pensamento, de que nada é realmente imprevisível, a imprevisibilidade, para Nelson Borges, deve ser provada:

[...] parece estar fora de qualquer dúvida a necessidade de demonstração da impossibilidade de previsão dos acontecimentos que impediram a execução do contrato, por quem pretenda se valer do princípio<sup>132</sup>.

Além da necessidade de se fazer prova da imprevisibilidade dos fatos ocorridos, também é necessário para aquele que se socorre da teoria da imprevisão provar que as alterações imprevistas decorreram sem culpa ou contribuição de sua parte.

A isenção de culpa a respeito da mudança deve ser regra. Segundo Maria Helena Póvoas, não pode haver imputabilidade aos contratantes senão não haverá direito à revisão contratual e, além do mais, responderão por perdas e danos, e “a mudança circunstancial deve ser externa, conjuntural, como as provocadas pela própria natureza ou pelas autoridades, ou ainda pelo comportamento macroeconômico”<sup>133</sup>.

## 2.2.6 APLICABILIDADE DA TEORIA DA IMPREVISÃO

Verificando-se a existência de todos os requisitos para a teoria da imprevisão, o novo questionamento é: que tipo de procedimento deverá ser adotado para os contratos vítimas do aleatório?

---

<sup>132</sup> BORGES, Nelson. **Inexecução voluntária da obrigações civis e teoria da imprevisão**. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 1966, p. 69.

<sup>133</sup> PÓVOAS, Maria Helena. Ob. cit., p. 101.

A primeira aplicação que se encontra para a teoria é a possibilidade oferecida às partes de que estas usem a boa vontade que lhes imbuía o espírito no momento da negociação dos pactos, a razoabilidade de que deve ser dotado o homem comum, a boa-fé que nunca pode faltar nas relações jurídicas, e que reconheçam a discrepância ocorrida e retornem à mesa de negociações para, por elas mesmas, rever o contrato no intuito de reequilibrá-lo.

Caso não seja possível essa renegociação direta, as partes sempre podem fazer uso de um terceiro estranho ao contrato para chegar ao reequilíbrio desejado.

Ainda assim, caso não haja conciliação, as partes podem recorrer à arbitragem ou às cortes judiciais, conforme eleição que fizeram no contrato, pedindo a adaptação dos contratos ou a sua rescisão.

A possibilidade da adaptação por qualquer desses sistemas de soluções de controvérsias dependerá da lei escolhida pelas partes e do fato de esta admitir ou não a adaptação contratual por imprevisão, ou das previsões contratuais feitas pelos contratantes.

## **2.3 A FORÇA MAIOR**

### **2.3.1 INTRODUÇÃO**

A cláusula de força maior refere-se à previsão contratual da possibilidade de interrupção, suspensão ou finalização do contrato, pelo advento de circunstâncias alheias à vontade do devedor, que tornem a sua prestação impossível de ser cumprida, definitiva ou temporariamente.

Ao contrário das estipulações legais de imprevisão, que dividem doutrinadores e legisladores, as cláusulas de força maior aparecem na maioria dos sistemas legais dos países e também nas convenções e regras jurídicas internacionais.

Como sabiamente lembra Maria Luiza Granziera, “Não tendo sido adotada forma idêntica pelos diversos direitos internos, inexiste um conceito

único sobre a matéria”<sup>134</sup>, variando, assim, em forma e conteúdo em cada sistema legal.

As palavras de David Yates corroboram as idéias acima apresentadas:

As leis da maioria dos países têm provisões que tratam da força maior e algumas leis ainda têm regras especiais sobre *hardship*. Essas provisões, contudo, variam de país para país [...] <sup>135</sup>.

### 2.3.2 CONCEITO

Já mencionamos no item anterior que as cláusulas de força maior podem variar em cada legislação, tanto em forma como em conteúdo. Sendo assim, não encontraremos na doutrina um conceito único, capaz de satisfazer todos os sistemas jurídicos indiscriminadamente.

De acordo com a linha jurídica adotada pelos países, variará o conceito de força maior.

Citamos, assim, como exemplo do que afirmamos, alguns conceitos de autores de diversas nacionalidades a respeito de força maior.

Irineu Strenger busca o conceito no Direito Romano:

[...] a força maior, na concepção romanista estrita, é o acontecimento imprevisível e inevitável, exterior à vontade do devedor, que torna absolutamente impossível a execução da obrigação <sup>136</sup>.

Victoire Lasbordes tem uma percepção bastante similar a de Irineu Strenger:

[...] a força maior é um evento exterior às partes contratantes, imprevisível e irresistível, tornando a execução do contrato impossível para uma das partes <sup>137</sup>.

<sup>134</sup> GRANZIERA, Maria Luiza Machado. Ob. cit., p.117.

<sup>135</sup> “The law of most countries have provisions which deal with force majeure and some laws even have special rules to deal with hardship. These provisions, however, vary from country to country [...]”. (YATES, David. Drafting force majeure and related clauses. **Journal of Contract Law**, Adelaide: Butterworths, v. 3, n. 3. Jan. 1991, p. 186.

<sup>136</sup> STRENGER, Irineu. Ob. cit., p. 249.

<sup>137</sup> “La force majeure est un événement extérieur aux parties contractantes, imprévisible et irrésistible, rendant l’exécution du contrat impossible pour l’une des parties” (LASBORDES, Victoire. **Les contrats déséquilibrés**. Aix-Marseille: Presses Universitaires D’Aix Marseille, 2000, Tome II, p. 518).

O elemento comum das definições retrocitadas é a impossibilidade absoluta de execução do contrato, vislumbrada pelos autores ante a ocorrência de força maior.

Phillipe Khan traz um conceito mais brando de força maior, não exigindo para a sua concretização a impossibilidade absoluta, mas a impossibilidade de execução na data aprazada:

Constitui um caso de força maior todo evento que afete suficientemente as partes para que a execução não possa ser feita na data contratual, com a condição que o evento escape ao seu controle<sup>138</sup>.

Juan Terraza Martorell, de forma bastante ponderada, vê a força maior nos moldes da definição de Phillippe Kahn, não mencionando a impossibilidade absoluta ou permanente do evento:

Es pues fuerza mayor, todo obstáculo no imputable al deudor que ocasione el incumplimiento de la obligación, y del cual no obstante su esfuerzo contrario, el deudor no consigue evitar los efectos<sup>139</sup>.

Traduzindo o pensamento internacional moderno, encontramos o conceito de Dennis-M. Philippe, que prevê a impossibilidade temporária do cumprimento da obrigação e sua suspensão:

A força maior constitui um evento exterior à parte que a invoca, imprevisível e irresistível, que torna impossível a execução da obrigação. Ela tem por efeito liberar o devedor de sua obrigação, ou, em caso de impossibilidade temporária, de suspender a execução<sup>140</sup>.

<sup>138</sup> “Constitue un cas de force majeure tout événement qui affecte suffisamment les parties pour que l’exécution ne puisse se faire à la date contractuelle, pourvu que l’événement échappe à leur contrôle” (KAHN, Philippe. **“Lex mercatoria” et contrats internationaux: le contrat économique international: stabilité et évolution**. In: JOURNÉES JURIDIQUES, 7., Jean Dabin organisées à Louvain-la-Neuve, les 22-23 novembre 1973. **Annales...** publiés sur les auspices du Centre Charles de Visscher pour le Droit international. Paris: Pedone, 1975, p. 201).

<sup>139</sup> MARTORELL, Juan Terraza. **Modificación y resolución de los contratos por excesiva onerosidad o imposibilidad en su ejecución: teoría de la cláusula *rebus sic stantibus***. Barcelona: Bosch, 1951, p. 155.

<sup>140</sup> “La force majeure constitue un événement extérieur à la partie qui l’invoque, imprévisible et irrésistible, qui rend impossible l’exécution de l’obligation. Elle a pour effet de libérer le débiteur de son obligation ou, en cas d’impossibilité temporaire, d’en suspendre l’exécution” (PHILIPPE, Dennis-M. **Changement de circonstances et bouleversement de l’économie contractuelle**. Bruxelles: Bruylant, 1986, p. 109).

Concluimos, assim, que a força maior é um evento externo aos contratantes, não podendo lhes ser imputada a responsabilidade, e que não pode ser evitado ou previsto, mas que afeta a execução do contrato, impedindo sua realização no prazo normal, provocando a sua suspensão ou impedindo definitivamente a sua execução, quando ocorrerá seu término.

### 2.3.3 FINALIDADE DA CLÁUSULA

A previsão contratual de uma cláusula de força maior destina-se a regulamentar os procedimentos a serem adotados pelas partes ante o surgimento de situações inusitadas, que fujam do seu controle e de sua previsão, e impeçam o normal cumprimento da obrigação.

Diante da impossibilidade de cumprir com o avençado, a parte que se encontrar nessa situação, sem ter laborado de qualquer sorte para chegar a ela, precisa ser socorrida com algum recurso contratual, e este será a previsão de uma cláusula de força maior.

Esse recurso permitirá à parte que o invoca, após o preenchimento de determinados requisitos, a possibilidade de evitar graves prejuízos, seja com a dilação de prazos ou suspensão do contrato, seja com o seu término, sem que disso decorram penalidades ou multas.

Há autores que vêem na cláusula a finalidade de prever a aparição de situações que impossibilitem o cumprimento do contrato<sup>141</sup> e de regular a situação derivada desses acontecimentos<sup>142</sup>.

Encontramos na doutrina opiniões como a de Georges Delaume, de que a cláusula serve para evitar a possibilidade do enriquecimento ilícito, liberando as partes do cumprimento dos contratos, no caso de eventos de força maior:

[...] cláusulas de força maior são forjadas de forma a evitar que uma parte tire vantagem das circunstâncias para ganhos pessoais. Em situações desse tipo, a consequência usual da força maior é permitir a uma ou ambas as partes terminar o

---

<sup>141</sup> SPLUGES, Carlos. **La contratación internacional**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p.137.

<sup>142</sup> CARAVACA, Alfonse L. Calvo; GÁNDARA, Luis Fernández de la. **Contratos internacionales**. Madrid: Tecnos, 1997, p. 1794.

contrato, se os eventos de força maior continuarem além de um determinado período de tempo, que pode ser curto<sup>143</sup>.

Haveria também, segundo a expressão de Dominique Blanco, uma repartição de riscos entre as partes<sup>144</sup> na cláusula de força maior.

Há basicamente um consenso de que a cláusula de força maior serve à suspensão dos contratos ou ao seu término; contudo, por haver grandes diferenças na conceituação de força maior, conforme já demonstrado, opiniões há de que um dos intuitos da cláusula seria permitir novas soluções para o contrato, como a sua adaptação. É nesse sentido que se pronuncia Nobert Horn:

[...] temos que distinguir duas de suas principais funções: primeira, como uma extraordinária liberação dos deveres contratuais – uma exceção à normal responsabilidade contratual, acima discutida; segunda, como uma fonte de dever de encontrar uma nova solução, v.g., para adaptar um contrato a uma nova situação [...] <sup>145</sup>.

Com a última assertiva concordamos em termos.

Julgamos que a possibilidade de encontrar novas soluções para o bom término dos contratos seja possível dentro de uma cláusula de força maior, dentro de alguns limites, como dilação de prazo ou suspensão dos pactos até o término do evento que lhe impediu a continuação.

A adaptação dos contratos por meio de uma cláusula de força maior parece-nos ampliar excessivamente a aplicação desta, estendendo sua interpretação além dos limites permitidos e alcançando campo de atuação de institutos diversos que se propõem a essa finalidade, como *hardship* e imprevisão, por exemplo.

---

<sup>143</sup> “[...] force majeure clauses are cast in terms intended to prevent one party from taking advantage of the circumstances for personal gain. In situations of this kind, the usual consequence of a force majeure is to entitle one or both parties to terminate the contract if the force majeure event continues beyond a stated period of time, which may be short” (DELAUME, Georges R. **Law and practice of international transnational contracts**. New York: Oceana Publications, 1988, p. 53).

<sup>144</sup> BLANCO, Dominique. **Négociation et rédaction d'un contrat international**. 3. ed. Paris: Dunod, 2002, p. 197.

<sup>145</sup> “[...] we have to distinguish at least two of its main functions: first, as an extraordinary relief from contractual duties – an exception to the normal contract liability as discussed above; second, as a source of duties to find a new solution, *i.e.*, to adapt a contract to a new situation[...].” (HORN, Norbert. **Adaptation and renegotiation in international trade and finance**. Deventer: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1985, p. 26).

### 2.3.4 CARACTERÍSTICAS DA FORÇA MAIOR

É necessário seja efetuada uma análise das características que compõem a força maior.

Na maior parte das opiniões doutrinárias a respeito das características da força maior, encontramos a menção a um “evento exterior ao devedor”, “irresistível”, “inevitável” e “imprevisível”, que “impossibilite a obrigação” e para o qual “o devedor não tenha concorrido”.

As características mencionadas seriam complementares e seu conjunto formaria as situações incluídas na força maior.

A definição de Ugo Draetta e Ralph Lake é exemplificativa:

[...] o evento que leva a uma situação de força maior não deve ser somente exterior ao devedor, ele deve também ser imprevisível e irresistível. Deve ser tal que a execução da obrigação se torne objetivamente impossível. Não é suficiente que a execução seja simplesmente particularmente difícil ou, em todo caso, mais difícil do que estava previsto na conclusão do contrato [...]<sup>146</sup>.

Recorda Harold Berman que os termos que fazem parte da força maior são imprecisos:

[...] as palavras “impossível”, “além do controle”, “imprevisível” e “superveniente” são imprecisas e sujeitas a uma variedade de interpretações, não somente entre os vários sistemas legais do mundo, mas também em uma única jurisdição<sup>147</sup>.

<sup>146</sup> “[...] l'événement entraînant une situation de force majeure ne doit pas seulement être extérieur au débiteur, il doit aussi être imprévisible et irrésistible. Il doit être tel que l'exécution de l'obligation devient objectivement impossible. Il n'est pas suffisant que l'exécution soit simplement particulièrement difficile ou, en tous cas, plus difficile qu'il n'était prévu lors de la conclusion du contrat [...]” (DRAETTA, Ugo; LAKE, Ralph. Ob. cit., p. 96).

<sup>147</sup> “The words ‘impossible’, ‘beyond control’, ‘unforeseen’, and ‘supervening’ are imprecise and are subject to a variety of interpretations, not only among the various legal systems of the world, but even within a single jurisdiction” (BERMAN, Harold J. **Non-performance and force majeure in international trade contracts**. Some Problems of non-performance and force majeure in international contracts of sale. In: COLLOQUE DE L'ASSOCIATION INTERNATIONALE DES SCIENCES JURIDIQUES A HELSINKI, 20 au 22 juin 1960. **Annales...** Helsinki: Institutum Iurisprudentiae Comparativae Universitatis Helsingiensis, 1961, p. 32).

Analisemos separadamente os termos que são características da força maior, acima mencionados, para tentar encontrar seu significado mais aproximado na aplicação internacional.

#### **2.3.4.1 Evento Estranho ao Devedor**

O requisito de que o evento, para caracterizar a força maior, deva ser estranho ao devedor significa que este não contribuiu para a sua produção, que não lhe deu causa, não incorreu em fatos que permitissem seu surgimento.

O evento estranho é o fato de terceiro que criou, para a inexecução da obrigação, um obstáculo que a boa vontade do devedor não pode vencer<sup>148</sup>.

Os fatos que não têm característica de exteriores não compreendem a irresponsabilidade, ainda que sejam imprevisíveis e irresistíveis<sup>149</sup>.

Para que se configure a força maior, é necessário que a possibilidade de cumprimento da obrigação contratual seja atingida por uma casualidade, não determinada por atos ou fatos diretamente ligados ao devedor ou por ele produzidos.

Esse requisito está diretamente vinculado à não-existência de culpa por parte do devedor, à inimputabilidade do evento ao devedor, que é o próximo requisito da força maior.

#### **2.3.4.2 Ausência de Responsabilidade/Falta de Concurso do Devedor**

Por advir a força maior de um evento alheio à vontade e ao conhecimento do devedor, não pode ser-lhe imputada a responsabilidade pelas conseqüências desse evento. É esta a compreensão de Marcel Planiol e Rippert:

Em regra geral, o devedor não responde pelos casos fortuitos nem pelos de força maior; esses obstáculos provêm “de uma causa estranha que não pode lhe ser imputada”<sup>150</sup>.

---

<sup>148</sup> BITTAR FILHO, Carlos Alberto. **Teoria da imprevisão**: dos poderes do juiz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 27.

<sup>149</sup> PLANIOL, Marcel; RIPPERT, Georges. Ob. cit., p. 514.

A ausência de imputação de culpabilidade também é inerente à força maior, segundo Alvaro Azevedo:

Certo é que, tanto no caso fortuito, como na força maior, existe ausência de culpabilidade do devedor, que fica liberado da obrigação, sem qualquer pagamento de indenização [...] <sup>151</sup>.

Se houver culpa do devedor no não-cumprimento da obrigação, não haverá força maior, e sim outra figura jurídica, pelo que não ficará isento de suas obrigações contratuais, não podendo recorrer à cláusula para pôr término ao contrato ou suspendê-lo.

A isenção de culpa é assim requisito fundamental da existência da força maior. A existência da força maior exclui a falta, porque um resultado só pode ser imputado como falta para aquele que tinha o poder de impedi-lo <sup>152</sup> e, sendo a situação alheia à vontade do devedor, este não tinha meios para impedir seu advento.

### 2.3.4.3 Imprevisibilidade

A imprevisibilidade do evento aparece como característica da força maior em quase todas as definições doutrinárias e legais a respeito da cláusula.

Nos itens em que estudamos a teoria da imprevisão, podemos concluir que existem poucos fatos realmente imprevisíveis que possam afetar os contratos. De alguma forma, quase tudo que pode ocorrer a um contrato é plausível de ser antevisto, assim como suas conseqüências; apenas não o foi pelas partes no momento da negociação e da celebração do contrato em virtude da conjuntura em que se encontravam.

Sendo assim, requerer que a força maior venha a existir somente ante a ocorrência de um fato imprevisível merece certa prudência, pois, possivelmente, se interpretarmos essa exigência literalmente, correremos o risco de jamais conseguir configurar um verdadeiro caso de força maior na história contratual.

---

<sup>150</sup> “Em règle générale, le débiteur ne répond pas des cas fortuit ni de la force majeure; ces obstacles proviennent «d’une cause étrangère qui ne peut lui être imputée»” (PLANIOL; RIPPERT, 1952, p. 84).

<sup>151</sup> AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria geral das obrigações**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 271.

<sup>152</sup> CARBONNIER, Jean. **Théorie des obligations**. Paris: Presses Universitaires de France, 1963, p. 281.

Existem opiniões no sentido de não ser necessária a imprevisão em todos os casos<sup>153</sup>, e outras que afirmam não existir nada que seja imprevisível<sup>154</sup>. Ficamos com a opinião mais conciliatória de Carlos Splugues, de que deve haver certa valoração da imprevisibilidade: “La valoración de la misma deberá realizarse de acuerdo con las características del contrato: objeto, duración, etc.”<sup>155</sup>.

Nesse mesmo sentido já se pronunciavam Marcel Planiol e Georges Ripert, para quem a imprevisibilidade deveria ser apreciada em função das circunstâncias de tempo e lugar, levando em consideração a conduta de um bom pai de família<sup>156</sup>.

Imprevisível será todo e qualquer ato em que os contratantes não conseguiram antever a magnitude ou que julgaram não incidiria sobre as obrigações contratuais, e a imprevisão deverá ser analisada isoladamente em cada caso, sendo dada a medida exata da possibilidade de ser antevista no momento da contratação e as suas conseqüências.

#### 2.3.4.4 Irresistibilidade/Inevitabilidade

A irresistibilidade requerida deve ser aquela impossibilidade do devedor em evitar a incidência do evento, estranho à sua vontade e força, sobre a sua obrigação, ou seja, ainda que envidasse esforços no sentido de tentar minimizar seus impactos ou de desviá-los, não seria possível impedir sua colisão com o contrato e com a realização da obrigação.

Por maior que seja a diligência do devedor, não há nada que possa fazer para impedir se realizem situações exteriores e que essas tragam impossibilidades para a realização de sua obrigação.

Podemos citar como exemplos de inevitabilidade e irresistibilidade por parte do devedor casos como ataques terroristas ou o advento de uma guerra, pelo qual certamente o devedor não poderia ser responsabilizado e também nada poderia ter feito para impedir, também não conseguindo, apesar de esforços,

<sup>153</sup> LASBORDES, Victoire. **Les contrats desequilibrés**. Aix-Marseille: Presses Universitaires D'Aix Marseille, 2000. Tome II, p. 519.

<sup>154</sup> BLANCO, Dominique. Ob. cit., p. 197.

<sup>155</sup> SPLUGUES, Carlos. **La contratación internacional**. València: Tirant lo blanch, 1999, p. 139.

<sup>156</sup> PLANIOL Marcel; RIPERT, Georges. Ob. cit., p. 514.

evitar as conseqüências sobre sua obrigação, tornando-a impossível de realizar, temporária ou definitivamente.

Para que se verifique a força maior, é necessário que o evento a que esteja ligado o dano não possa ser evitado, ainda que se empregue esforço em contrário, mediante diligência imposta ao devedor no caso em particular<sup>157</sup>.

### 2.3.4.5 Impossibilidade

A impossibilidade quer significar literalmente o impedimento de realizar a obrigação.

Por mais faça o devedor, por mais empregue recursos no sentido de evitar o impacto do evento externo, por mais diligencie no sentido de realizar sua obrigação a despeito das dificuldades, não consegue seu intento, lhe é custoso além das forças cumprir com sua obrigação.

Para que tenhamos uma compreensão mais acurada de como deve ser tratada a impossibilidade, mister se faz sua compreensão etimológica:

Impossibilidade. 1. qualidade ou caráter de impossível; incapacidade. 2. aquilo que não é possível.

Impossível. 1. que ou o que não pode ser, existir ou acontecer <e.i. *nascer um cavalo de uma galinha*> 2. que ou o que é difícil demais de fazer ou conseguir [...] 3. que não se coaduna com a realidade [...] 4. que se opõe à razão e ao bom senso; que é destituído de sentido, de racionalidade; extravagante, esquisito, absurdo [...] 5. cuja realidade é dificilmente suportável [...] <sup>158</sup>.

Impossível. 1. que não pode se produzir, ser atingido ou realizado [...] 2. Muito difícil, muito sofrido [...] 3. extravagante, inacreditável [...] 4. que não se pode aceitar ou suportar [...] <sup>159</sup>.

É de se notar que as definições encontradas para a impossibilidade demonstram que se trata da realização de algo que empreenderia muito esforço, grande dificuldade, cuja insistência seria contra o bom senso e a razão, ou seja, parece-nos que, ainda não haja realmente um impedimento absoluto, realizar a

<sup>157</sup> MARTORELL, Juan Terraza. Ob. cit., p. 155.

<sup>158</sup> HOUAISS, Antonio; VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

<sup>159</sup> "IMPOSSIBLE. 1. Qui ne peut se produire, être atteint ou realize [...] 2. Très difficile, très pénible [...] 3. Extravagant, invraisemblable [...] 4. Qu'on ne peut accepter ou supporter [...]" (ROBERT, Paul. **Micró Robert. Dictionnaire du français primordial**. Paris: S.N.L., 1971).

tarefa, cumprir a obrigação, demandaria mais do que possível exigir do contratante.

A impossibilidade assim compreendida deve ser valorada, em cada caso, de acordo com cada situação.

Não se pode exigir um impedimento total e absoluto para caracterizá-la, mas deve-se verificar que esforços seriam demandados do devedor para a realização da obrigação e se esses estariam dentro de forças humanamente consideradas.

A impossibilidade deve ser razoável<sup>160</sup> e verificada diante da situação em concreto, não havendo como defini-la em abstrato para regular todos os casos.

#### **2.3.4.6 As Características da Força Maior na Arbitragem**

Abaixo trazemos uma sentença da CCI para que possamos analisar como são consideradas as características componentes da força maior para sua admissão como defesa para uma das partes.

A Sentença em questão foi proferida de 30 de maio de 1979, nos casos n° 3.099 e 3.100<sup>161</sup>, em que figuravam como partes, de um lado, como reclamante, uma empresa algeriana e, do outro lado, como reclamada uma empresa africana.

Em 1974 e 1975, Reclamante e Reclamado concluíram dois contratos, pelos quais o Reclamante vendeu ao Reclamado produtos refinados de petróleo (Contrato I) e petróleo bruto (Contrato II). Ambos os contratos continham previsões de penalidades para atrasos de pagamentos em favor do vendedor (Reclamante), uma cláusula genérica de força maior, uma cláusula de exoneração e uma cláusula de arbitragem.

O Reclamante entregou todos os produtos definidos contratualmente, o que foi reconhecido pelo Reclamado. O Reclamado, contudo, não pagou algumas faturas no prazo avençado.

Assim, o Reclamante solicitou duas arbitragens na CCI, reclamando os valores principais mais penalidades moratórias para o Contrato I e o Contrato II, bem assim perdas e danos.

---

<sup>160</sup> LASBORDES, Victoire. Ob. cit., p. 520.

<sup>161</sup> Award of may 30, 1979. Case nos. 3099 and 3100. (JARVIN, Sigvard; DERAIS, Yves. *Collection of ICC arbitral awards. 1974-1975*. Paris: ICC Publishing S.A, p. 67-75).

O Reclamado reconheceu a soma principal requerida, mas, no tocante às penalidades e às perdas e danos, invocou a cláusula de força maior contida nos contratos.

O Reclamado declarou que tinha em sua conta bancária as somas necessárias para os pagamentos, mas não conseguiu obter autorização para pagamento, apesar de várias reclamações ao Banco Central de seu país.

Estatuiu assim o Reclamado que, sem nenhuma falta de sua parte, foi impossível realizar os pagamentos. Em prova do alegado, o Reclamado forneceu à Corte de Arbitragem diversos documentos.

Os árbitros, em número de três, deliberaram imediatamente sobre o principal, determinando ao Reclamado pagar imediatamente esses valores, e deixaram para a sentença final os juros, perdas e danos.

Os árbitros consideraram que qualquer das partes estaria em seu direito ao invocar a cláusula de força maior constante do contrato, contudo, por se tratar de uma cláusula de redação genérica, sem uma definição precisa de seus termos e do que seria considerado como força maior, o Tribunal Arbitral decidiu aplicar a definição contida na lei francesa, definindo arbitragem como o evento imprevisível e inevitável, exterior à parte que o invoca, contendo o conceito três características: exterioridade, inevitabilidade e imprevisibilidade.

O fato de o Banco Central ter sido responsável pela não-obtenção da moeda estrangeira no prazo devido foi considerado como evento exterior.

Contudo, em vistas aos documentos apresentados e aos fatos, o Tribunal Arbitral considerou que o elemento imprevisibilidade estaria faltando, pois os regulamentos de câmbio já estavam em vigor no momento da conclusão dos contratos, vigentes desde 1967, e eram conhecidos pelas partes.

O Reclamado também argumentava ter cumprido com suas obrigações de importador, pois obtivera as licenças de importação necessárias e colocara moeda nacional em quantidade suficiente à disposição de seu banco, para permitir o pagamento em moeda estrangeira.

A esse argumento os árbitros refutaram, com base em documentos apresentados, que os valores depositados não correspondiam aos valores das faturas. As datas também não seriam correspondentes. Quanto à obtenção das licenças necessárias, a falta de uma licença do Banco Central para pagamento em moeda estrangeira deixaria o item de obtenção de licenças não completo.

Quanto ao elemento da inevitabilidade, foi considerado também inexistente, pois, segundo os árbitros, considerando a conjuntura econômica de dificuldade monetária, o Reclamado deveria ter solicitado garantias prévias ao Banco Central, no momento da contratação, e não posteriormente, pelo que, se tivesse obtido-as anteriormente, teria podido evitar o fato.

Concluíram os árbitros que o Reclamado não conseguiu provar a existência das três condições da força maior: exterioridade, inevitabilidade e imprevisibilidade, assim não poderia invocar a exoneração de penalidades contratualmente prevista, condenando-o ao pagamento de juros pelos Contratos I e II, e também perdas e danos.

Os valores solicitados sofreram uma diminuição por fatores considerados pelo Tribunal Arbitral.

Foi desconsiderado o pagamento de juros por faturas ainda não vencidas.

### **2.3.5 REQUISITOS PARA APLICAÇÃO DA CLÁUSULA DE FORÇA MAIOR**

Para que se possa argüir o advento da força maior e, assim, usufruir suas possibilidades de liberação do contrato, suspensão ou dilação, faz-se necessário sejam cumpridos alguns requisitos por parte do devedor.

Em primeiro lugar, devem estar preenchidos os requisitos numerados no item anterior para que se verifique a produção de um evento de força maior e, na seqüência, outros devem ser obedecidos, de ordem prática, que são condições de procedimento demandados ao devedor para que possa fazer uso da cláusula. Esses requisitos de ordem prática estão descritos a seguir.

#### **2.3.5.1 Notificação**

Em face de eventos externos irresistíveis, imprevisíveis, impossíveis, que atinjam a obrigação, avaliados pela razoabilidade e pelo bom senso, impedindo-lhe seja cumprida, cabe ao devedor comunicar imediatamente à outra parte a impossibilidade de cumprir com sua obrigação em virtude da força maior: “Uma

parte solicitando força maior deve, contudo, notificar, tempestivamente, que um evento de força maior ocorreu”<sup>162</sup>.

No comércio internacional, a obrigação de informar a outra parte do advento da força maior é requisito de validade da cláusula. A falta a essa obrigação de notificação conduz freqüentemente à impossibilidade de invocar a força maior para desculpar a inexecução<sup>163</sup>.

Para Dominique Blanco, não basta apenas a notificação ou a mera comunicação do fato, exigindo-se que seja acompanhada por alguns outros fatos:

Para que um evento seja reconhecido como assimilado à de força maior e seja, então, oponível como tal a outra parte, é necessário:

- inicialmente, que ele seja notificado;
- que essa notificação avalie a sua duração e seus prováveis efeitos;
- que uma verificação técnica por um órgão independente (como Bureau Veritas) seja feita;
- que obrigação seja feita, a uma como à outra parte, de limitar seus efeitos – falamos de *mitigação de danos*.
- que uma nova notificação ocorra se o evento perdurar;
- que a notificação demonstre as medidas que são consideradas para remediar a esse estado de fato, colocando, assim, em prática o dever de retificação ou dever de superar;
- e que, enfim, seja notificada a data do fim do evento de força maior e a retomada do contrato<sup>164</sup>.

Com o intuito de dar ao outro contratante, credor da obrigação, ciência dos motivos que impedem o devedor de cumprir com esta, para que não assuma que a falta de cumprimento deriva de má-fé ou de desistência do contrato, implicando sua ruptura com suas conseqüências punitivas, é mister a notificação.

<sup>162</sup> “[...] A party, claiming force majeure must, however, give timely notice that a force majeure event had occurred [...]” (FRICK, Joachim. **Arbitration and complex international contracts**. Haia: Kluwer Law International, 2001, p. 179).

<sup>163</sup> DRAETTA Ugo; LAKE, Ralph. Ob. Cit p. 100.

<sup>164</sup> “Pour qu’un événement soit reconnue comme assimilé à la force majeure et soit, donc, opposable comme tel à l’autre partie, il faut:

- d’abord, qu’il soit notifié
- que cette notification évalue sa durée et ses effets probables;
- qu’une vérification technique par un organe indépendant intervienne;
- qu’obligation soit faite, à l’une comme à l’autre parties, d’en limiter les effets – on parle de *mitigation of damages*;
- qu’une nouvelle notification intervienne si l’événement perdure;
- que la notification fasse état des mesures qui sont envisagées pour remédier à cet état de fait, mettant ainsi en oeuvre le devoir de rectification ou *duty to overcome*.- et qu’ enfin soit notifiée la date de la fin de l’événement de force majeure et la reprise du contrat” (BLANCO, Dominique. Ob. Cit., p. 199).

Como será elaborada a notificação para ter validade dependerá da cláusula de força maior constante dos contratos, cuja redação determinará o procedimento da parte que a está invocando.

Existem casos em que as partes não previram expressamente o procedimento a ser adotado nos casos de força maior, mas, ainda assim, devem efetuar a notificação, mesmo que sem forma determinada, por se tratar de requisito de boa-fé. Assim entende Carlos Splugues:

[...] esta exigencia de una pronta notificación a la parte afectada es aproximada, a nivel arbitral, como fundándose en la idea de caballerosidad y buena fe en las relaciones comerciales internacionales, en la medida en que una pronta notificación del imposible incumplimiento puede suponer una importante reducción de las consecuencias negativas<sup>165</sup>.

A notificação é tão importante que a sua falta impede pleitear a força maior. Vejamos nesse sentido uma decisão da CCI, em que a defesa de força maior pretendida pelo reclamado não pode ser utilizada por falta de notificação a esse respeito:

O árbitro não pode aceitar o argumento dos Reclamados de que foram impedidos de realizar o contrato em virtude de força maior.

Não há menção específica de força maior em nenhum telex dos Reclamados aos Reclamantes até 31 de maio de 1980 [...]. A primeira vez que a força maior parece ter sido invocada pelos Reclamados é durante as discussões em Damasco, no final de julho de 1980.

Os Reclamados falharam em informar aos Reclamantes de maneira adequada e em tempo sobre os alegados eventos de força maior. Além disso, o que ficou claro no registro, os Reclamados no início estavam aptos a entregar mas desejavam um aumento nos preços<sup>166</sup>.

### 2.3.5.2 Da Prova

<sup>165</sup> SPLUGUES, Carlos. **La contratación internacional**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999 p. 139.

<sup>166</sup> “The arbitrator cannot accept Defendant’s argument that they were prevented from performing under the Contract by *force majeure*. There is no specific mention of *force majeure* in any telex from Defendants to Claimants until May 31, 1980[...]. The first time when *force majeure* would seem to have been invoked by Defendants is during the discussions in Damascus at the end of July. Defendants have in any case failed to inform Claimants in a proper and timely manner about the alleged events of *force majeure*. Rather, what becomes clear from the record, Defendants were in principle able to deliver but wished to have higher prices” (Caso 4237. Sentença de 17 de fevereiro de 1984. JARVIN, Sigvard; DERAIS, Yves. **Collection of ICC arbitral awards. 1974-1985**. Paris: ICC Publishing S.A., p. 172).

As conseqüências provocadas pela força maior são inúmeras, como veremos mais adiante. A principal é liberar o devedor de sua obrigação, sem ônus ou penalidades, e outras possíveis são o adiamento do cumprimento da obrigação e a suspensão do contrato até o desaparecimento do evento de força maior.

Diante da gravidade das conseqüências geradas pela força maior e da implicação material que elas têm, não basta a simples alegação, por parte do devedor, da ocorrência de eventos motivadores de força maior. Deve este demonstrar o ocorrido, provando preencherem os requisitos de imprevisibilidade, irresistibilidade, impossibilidade, inevitabilidade e da ausência de sua culpa, que compõem a força maior.

O ônus da prova, normalmente, é de quem alega os fatos.

Assegura Ewan McKendrick que o “ônus de provar a aplicação da cláusula de força maior cabe à parte procurando invocá-la”<sup>167</sup>.

Em idêntico sentido encontramos a opinião de David Yates “Geralmente uma cláusula de força maior vai lançar o ônus da prova na parte procurando fiar-se na cláusula”<sup>168</sup>.

E ainda, tão somente no intuito de fortalecermos o alegado, citamos também a proposição de Ugo Draetta e Ralph Lake:

O ônus da prova da existência da força maior repousa quase que invariavelmente sobre a parte que quer invocá-la<sup>169</sup>.

Não basta simplesmente à parte que deseja invocar a cláusula demonstrar a ocorrência dos requisitos de força maior; deverá, juntamente com essa prova, evidenciar que diligenciou no sentido de evitar as conseqüências danosas sobre o contrato<sup>170</sup>, minorando ao máximo, dentro da medida das possibilidades a seu alcance, os seus efeitos.

<sup>167</sup> “The burden of proving the application of a *force majeure* clause rests on the party seeking to invoke it” (McKENDRICK, Ewan. **Force majeure and frustration of contract**. London: Lloyd’s of London Press, 1991, p. 20).

<sup>168</sup> “Generally, a force majeure clause will throw the burden of proof onto the party seeking to rely on the clause” (YATES, David. Drafting force majeure and related clauses. **Journal of Contract Law**, Adelaide: Butterworths, v. 3, n. 3, Jan. 1991, p. 198).

<sup>169</sup> “La charge de la preuve de l’existence de la force majeure repose quasiment invariablement sur la partie voulant l’invoquer” (DRAETTA, Ugo; LAKE, Ralph. Ob. cit., p. 100).

<sup>170</sup> STRENGER, Irineu. Ob. cit., p. 246.

O término do contrato diante de um acontecimento que torne a obrigação impossível pode ser requerido por qualquer das partes<sup>172</sup>, que não devem ter interesse em continuar insistindo em um contrato cujo objeto se tornou inatingível, no todo ou em parte.

### 2.3.6.2 Exoneração do Devedor

A ruptura do contrato por força maior, seja ela solicitada por qualquer das partes, traz como conseqüência primordial a exoneração do devedor pelo não-cumprimento da obrigação e pelas responsabilidades sobre a ocorrência do evento.

Com essa acepção temos Georges Delaume:

[...] se a performance tornou-se impossível como resultado de eventos para os quais o obrigado não é responsável, o obrigado fica desincumbido da obrigação de realizar<sup>173</sup>.

Agindo o devedor com diligência, notificando a outra parte e provando a ocorrência da força maior, deve ser desincumbido de suas obrigações<sup>174</sup>.

Essa exoneração do devedor não se refere, contudo, a todo o contrato, *ab initio*, mas sim opera *ex nunc*, ou seja, do momento em que ocorreu a força maior impeditiva da realização da obrigação em diante. O que ocorreu anteriormente, que não esteve sujeito à força maior, deve ser adimplido<sup>175</sup>.

Nenhuma penalidade pode ser imputada ao devedor e nenhuma responsabilidade lhe é devida no caso comprovado da força maior.

### 2.3.6.3 Suspensão dos Contratos

<sup>172</sup> FRICK, Joachim G. **Arbitration and complex international contracts**. Haia: Kluwer Law International, 2001 p. 180.

<sup>173</sup> “[...] if performance has become impossible as a result of events for which the obligor is not responsible, the obligor is discharged from his obligation to perform” (DELAUME, Georges, R. **Law and practice of international transnational contracts**. New York: Oceana, 1988, p. 51).

<sup>174</sup> MARTORELL, Juan Terraza. Ob. cit., p. 152.

<sup>175</sup> FRICK, Joachim G. Ob. cit., p. 180.

Contratos internacionais têm negociações longas e custosas – o que já mencionamos inúmeras vezes – e, portanto, há o maior interesse possível das partes em preservar-lhe a integridade.

Em sendo possível salvar o contrato, todo recurso que as partes possam lançar mão será válido nesse sentido.

A suspensão dos contratos, no caso da ocorrência de um evento de força maior, é a tentativa de manter os contratos em vigor, ainda que haja a necessidade de uma pausa, para se concretizarem e serem cumpridos.

Após a notificação do devedor da impossibilidade de cumprir o contrato, as partes devem analisar se se trata de uma impossibilidade definitiva ou temporária. Em se tratando de impossibilidade temporária, a suspensão do contrato, até o término do empecilho, é a solução mais viável.

Suspender o contrato pode ser a alternativa mais positiva, ainda que não se saiba a extensão e a duração dos eventos que provocaram a força maior, ainda que não se possa determinar precisamente um prazo para a retomada do contrato, ou se haverá realmente uma continuidade.

As partes devem fixar um prazo razoável para que o contrato permaneça em suspenso. Esse prazo varia, pela compreensão doutrinária, de 28 dias<sup>176</sup> a seis meses<sup>177</sup>. Geralmente, o prazo definido para a suspensão será previsto nas cláusulas de força maior, mas, caso não tenha sido delineado pelas partes, deverá ser fixado com base no bom senso, por meio da análise conjunta do evento que produziu a força maior, fazendo-se um esforço para prever qual deverá ser seu alcance e sua duração, para, então, estipular um prazo conveniente e compatível.

Ao término do prazo de suspensão, sem que tenha havido o término da força maior, surgem para as partes as alternativas de prolongar o prazo da suspensão ou rescindir o contrato, conforme for de maior conveniência para ambas naquele momento.

#### **2.3.6.4 Possibilidade de Renegociação e Adaptação**

---

<sup>176</sup> YATES, David. Ob. cit., p. 202.

<sup>177</sup> STRENGER, Irineu. Ob. cit., p. 247.

No direito internacional, principalmente, a redação da cláusula de força maior pode ser encontrada nas mais diferentes formas, contendo disposições estranhas ao que se considera força maior, para atender às necessidades do negócio onde está inserida.

Encontram-se, por exemplo, cláusulas de força maior prevendo a possibilidade da adaptação do contrato na ocorrência de um caso de força maior, adaptando-o às novas condições<sup>178</sup>.

Mohamed Boughaba infere com maestria as diferenças apresentadas pelo conceito de força maior encontrado nacionalmente daquele apreciado internacionalmente:

[...] a prática do comércio internacional elaborou uma noção de “força maior convencional”, que difere notadamente daquela conhecida nos direitos nacionais. Em efeito, a noção de força maior, assim concebida, se torna um verdadeiro procedimento de readaptação e não uma causa de exoneração<sup>179</sup>.

A renegociação e a adaptação não são alternativas típicas da força maior, mas, sim, de institutos jurídicos como *hardship* e imprevisão, pelo que julgamos que as cláusulas de força maior que se apresentam com a possibilidade de renegociação e adaptação são cláusulas onde seus autores confundiram o alcance deste instituto com aquele, devendo, portanto, receber outra denominação.

Por ser o contrato lei entre as partes, nada impede que, havendo uma cláusula de força maior abrangendo os efeitos de *hardship* ou imprevisão, procedam as partes à renegociação dos pactos, mas a denominação jurídica não é a mais irrepreensível.

Como vimos ressaltando a todo tempo neste trabalho, o que há de mais importante em face dos problemas contratuais é a possibilidade de superá-los, encontrando soluções que promovam a preservação dos pactos, ainda que estas não se revistam da melhor forma jurídica.

<sup>178</sup> BOUGHABA, Mohammed. **Les clauses d'adaptation économique et monétaire dans les contrats privés internationaux**. Thèse de doctorat. Lausanne: Huber Druck AG, 1984, p. 275.

<sup>179</sup> “[...] la pratique du commerce international a élaboré une notion de “force majeure conventionnelle” qui diffère nettement de celle connue dans les droits nationaux. En effet, la notion de force majeure, ainsi conçue, devient un véritable procédé de réadaptation et non pas une cause d'exonération” (BOUGHABA, Mohammed. Ob. cit., p. 276).

### 2.3.7 A CLÁUSULA DE FORÇA MAIOR

Já mencionamos a multiplicidade de compreensões que as legislações têm sobre a força maior, recebendo uma interpretação diferenciada em cada país e, às vezes, até mesmo dentro de um mesmo sistema legal.

Na redação das cláusulas de força maior, encontra-se a mesma variedade de interpretação do que constitui força maior, e inúmeras formas de redigi-la podem ser observadas para adaptá-la à compreensão que as partes possuem de força maior.

Não havendo uma fórmula técnica e obrigatória para as cláusulas de força maior, deixa-se às partes a criatividade de sua elaboração.

As cláusulas de força maior inseridas nos contratos internacionais, independentemente da língua do contrato ou das partes, trazem a expressão força maior usualmente em francês “*force majeure*”, em razão da sua origem<sup>180</sup>.

Não apenas a expressão poderá constar na língua francesa, mas, muitas vezes, também o significado da cláusula será aquele adotado para a força maior nessa língua<sup>181</sup>.

#### 2.3.7.1 Estruturação da Cláusula

São encontrados nos contratos cláusulas detalhadas de força maior verdadeiros métodos de utilização para eventos alheios à vontade das partes, como também se pode deparar com fórmulas genéricas, deixando a interpretação das partes, em caso de ocorrer o evento, complementar o seu conteúdo.

Jean Delacollette faz uma excelente apresentação da estrutura que é comumente encontrada nas cláusulas de força maior:

A estrutura da cláusula de força maior será freqüentemente tripartida:

a) define-se, para começar, os eventos que constituirão para as partes casos de força maior, seja dando uma definição puramente teórica, seja procedendo a uma enumeração de eventos exemplificativos de casos de força maior [...]

<sup>180</sup> DRAETTA, Ugo; LAKE, Ralph. Ob. cit., p. 97-98.

<sup>181</sup> MCKENDRICK, Force majeure and frustration of contract. London: Lloyd's of London Press, 1991, p. 6.

b) descreve-se, em seguida, a forma como os eventos tidos como força maior deverão ter sentido, senão provados, pela parte que lhes invoca. Segundo a natureza do contrato e a qualidade das relações entre as partes, o procedimento será mais ou menos detalhado e formal [...]

c) estipula-se, enfim, quais serão os efeitos sobre a vida do contrato dos casos de força maior estabelecidos. É logicamente elementar deduzir sobre este ponto dois níveis diferentes de efeitos, com bastante frequência, sucessivos: para um evento de duração temporária corresponderá a uma suspensão temporária da execução da obrigação (com ou sem prorrogação da duração do contrato); para um evento de duração definitiva, corresponderá uma supressão definitiva da obrigação [...] <sup>182</sup>.

A aplicação da estrutura demonstrada por Jean Delacollette é a fórmula ideal para se obter uma cláusula de força maior teoricamente perfeita e com habilidade para atender às necessidades práticas dos contratantes.

Seria muito complexo para as partes tentar prever todos os eventos que possam concretizar a força maior, até porque, se esses eventos pudessem ser antevistos no momento da negociação dos contratos, de forma inteligível e exata, provavelmente não haveria a incidência da força maior impedindo a realização das obrigações.

Chegar a um acordo sobre quais eventos podem ser considerados força maior e quais seriam riscos naturais do contrato também poderia retardar ainda mais as custosas negociações contratuais e dificilmente as partes chegariam a um denominador comum, ficando de fora casos que, mais tarde, poderiam ser motivadores da força maior.

Em virtude da dificuldade em tentar tudo prever, encontram-se, principalmente na contratação internacional, cláusulas com conteúdo aberto,

---

<sup>182</sup> “La structure de la clause de force majeure sera souvent trilobée: a) On définit pour commencer les événements qui constitueront pour les parties des cas de force majeure, soit en donnant une définition purement théorique, soit en procédant a une énumération d’événements exemplatifs de cas de force majeure [...] b) On décrit ensuite la façon dont les événements tenus pour cas de force majeure devront être signifiés, sinon prouvés, par la partie qui les invoque. Selon la nature du contrat et la qualité des relations entre parties, la procédure sera plus ou moins détaillée et formaliste [...] c) On stipule quels seront les effets sur la vie du contrat des cas de force majeure établis. Il est de logique élémentaire de retenir sur ce point deux niveaux d’effets, bien souvent successifs: à un événement de durée temporaire correspondra une suspension passagère d’exécution de l’obligation (avec ou sans prolongement de la durée même du contrat); à un événement de durée définitive, correspondra une suppression définitive de l’obligation” (DELACOLLETTE, Jean. **Les contrats de commerce internationaux**. 3. ed. Bruxelles: De Boeck Université, 1996, p. 160).

exemplificativas de certas situações, contendo fórmulas genéricas que permitem a interpretação pelas partes.

Jan Ranberg julga que não há imaginação capaz de prever todas as situações passíveis de força maior, razão pela qual se faz necessária a aplicação de fórmulas genéricas:

Elaboradores de contrato estão cientes do fato de que sua fonte de suprimento de cláusulas contratuais similares e sua própria imaginação não seriam suficientes para enumerar tudo. As cláusulas, por isso, contêm fórmulas abstratas, como “circunstâncias além do controle”, para prevenir problemas não tratados na enumeração<sup>183</sup>.

Harold Berman amplia tal entendimento e afirma que tentar prever todos os casos de força maior seria uma futilidade:

[...] tentar expressar por escrito todas as suposições seria fútil, uma vez que todas as voltas do futuro não podem ser previstas; também não podem as partes concordar previamente, exceto em termos muito genéricos, sobre como os riscos de um infinito número de contingências debilmente previsíveis possam ser discriminados<sup>184</sup>.

Os argumentos dos autores a favor da redação genérica, da utilização de uma lista não exaustiva de casos de força maior, são muitos, e concordamos com eles, pois haverá uma economia de tempo na redação da cláusula e a possibilidade de que um maior número de casos possam ser avaliados como força maior.

---

<sup>183</sup> “Contract drafters are aware of the fact that their source of supply of previous similar contract clauses and their own imagination would not suffice to enumerate everything. The clauses therefore contain abstract formulae, such as ‘circumstances beyond control’, in order to provide for matters not dealt with by enumeration” (RAMBERG, Jan. **International commercial transactions**. Cambridge: Kluwer Law International, 1997, p. 50).

<sup>184</sup> “To attempt to set forth in writing all such assumptions would be futile, since the exact turn of future events cannot be predicted; nor can the parties agree in advance, except in very general terms, on how the risks of an infinite number of dimly foreseen contingencies should be allocated” (BERMAN, Harold J. Non-performance and force majeure in international trade contracts. Some Problems of non-performance and force majeure in international contracts of sale. In: Colloque de L’Association Internationale des Sciences Juridiques a Helsinki, 20 au 22 juin 1960. **Annales...** Helsinki: Institutum Iurisprudentiae Comparativae Universitatis Helsingiensis, 1961, p. 33).

Cada contrato é único em essência e objeto. Em sendo assim, suas cláusulas são redigidas de acordo com a situação particular em que se encontram as partes, para atender às suas necessidades e seus intentos.

Essa idéia de cláusulas personalizadas explica o grande número de cláusulas diferentes sobre um mesmo tema encontradas na contratação internacional.

A variação ocorre não somente para satisfazer os contratantes, mas em virtude do conhecimento que esses têm da matéria sobre a qual escrevem e da noção de direito que cada um aporte para a negociação.

Existem diversas tentativas de estabelecer cláusulas-tipo para os contratos internacionais, que podem ter grande utilidade na uniformização do entendimento, mas parece que a aceitação delas, apesar de crescente, não é majoritária.

Isso não é diferente para as cláusulas de força maior, que são encontradas nos mais diversos moldes possíveis, gerando interpretações dúbias e difíceis.

Em 1985, a Câmara de Comércio Internacional de Paris-CCI, por meio da publicação n° 421, deu a conhecimento público uma cláusula-tipo de força maior, genérica, exemplificativa, mas não restritiva, contendo as características básicas fundamentais do instituto:

Motivos de exoneração de responsabilidade:

1. uma parte não é tida como responsável pela não-execução de qualquer de suas obrigações na medida em que ela prove:

- que essa não-execução foi devida a um impedimento independente de sua vontade;

- que ela não podia razoavelmente ser obrigada a prever esse impedimento e seus efeitos sobre sua aptidão de executar o contrato, no momento de sua conclusão;

- que ela não teria podido, razoavelmente, evitar ou superar esse impedimento, ou, ao menos, seus efeitos.

2. um impedimento no sentido do parágrafo (1) acima pode resultar de eventos tais quais os eventos abaixo, essa enumeração não sendo limitativa:

a) a guerra, declarada ou não declarada, a guerra civil, as revoltas e revoluções, os atos de pirataria e sabotagem;

b) os cataclismos naturais tais como tempestades violentas, os ciclones, os terremotos, maremotos, as inundações, a destruição pelo raio;

c) as explosões, incêndios, destruições de máquinas, de usinas e de instalações quaisquer que sejam;

d) os boicotes, greves e *lock-out*<sup>185</sup> sob qualquer forma que seja, as greves do trabalho, as ocupações das usinas e locais, as paradas de trabalho que se produzam nas empresas da parte que demanda a exoneração de sua responsabilidade;

e) os atos de autoridade, sejam eles lícitos ou ilícitos, com exceção daqueles que uma parte assume o risco em virtude de outras cláusulas do contrato, e fora das questões mencionadas no parágrafo 3 abaixo.

3. para a aplicação do parágrafo (1) acima, e salvo estipulação contrária no contrato, os impedimentos não compreendem a falta de autorização, de licença, de visto de entrada ou autorização de permanência, ou de aprovações necessárias para a execução do contrato, e que deve ser dada por uma autoridade pública qualquer do país da parte que demanda a exoneração de sua responsabilidade.

#### Dever de notificar

4. uma parte que demanda a exoneração de sua responsabilidade informará, assim que possível, logo após que o impedimento e de seus efeitos sobre sua aptidão para executar sua obrigação forem conhecidos por ela, a outra parte deste impedimento e seus efeitos sobre sua aptidão em cumprir com seus compromissos. Uma opinião será igualmente dada quando o motivo da liberação da responsabilidade cessar.

5. o motivo de exoneração da responsabilidade tem efeito a partir do momento em que sobrevém o impedimento ou, se a opinião não é dada em tempo hábil, a partir do momento em que a opinião é dada. O fato de não dar essa opinião faz com que a parte faltante fique sujeita a perdas e danos que de outra forma poderiam ter sido evitados.

#### Efeitos dos motivos de exoneração da responsabilidade

6. um motivo de exoneração de responsabilidade a título da presente cláusula excetua a parte faltante do pagamento de perdas e danos, penalidades e outras sanções contratuais, com exceção do pagamento de juros sobre as somas devidas, por tanto tempo e pela quantia que esse motivo subsista;

7. por outro lado, ele suspende o prazo de execução por um período razoável, excluindo desta maneira o direito eventual da outra parte de rescindir ou anular o contrato. Para a determinação do que pode ser considerado como um período razoável, serão tomados em conta a aptidão da parte faltante em retomar sua execução e o interesse que teria a outra parte em se beneficiar dessa execução, apesar dos prazos. Esperando a execução de suas obrigações pela parte faltante, a outra parte pode suspender a execução de suas próprias obrigações.

<sup>185</sup> “Lock-out: fechamento de fabricas e empresas por seus donos ou chefes, recusando trabalho a seus empregados, para quebrar movimentos grevistas ou recusar reivindicações” (ROBERT, Paul. **Micro Robert: dictionnaire du français primordial**. Paris: S.N.L., 1971). “Fechamento de uma fábrica, usina ou estabelecimento pela direção, constringendo os empregados a uma baixa de salário, até que aceitem as propostas ou condições de trabalho apresentadas” (HOUAIS, Antonio; VILLAR, Mauro Salles. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001).

8. se os motivos de exoneração se prolongarem além do período previsto pelas partes [período aplicável a ser especificado aqui pelas partes] ou, na ausência de tal disposição, além de um período razoável, uma ou outra parte terá o direito de rescindir o contrato, dando notificação.

9. cada parte pode conservar aquilo que obteve graças à execução do contrato antes que ele tenha sido finalizado. Cada parte é responsável perante a outra por qualquer enriquecimento sem causa resultante dessa execução. O pagamento do saldo final será feito sem demora<sup>186</sup>.

<sup>186</sup> “Motifs d’exonération de responsabilité. 1. Une partie n’est pas tenue pour responsable de la non-exécution de l’une quelconque de ses obligations dans la mesure où elle prouve: - que cette non-exécution a été due à un empêchement indépendant de sa volonté; - qu’elle ne pouvait pas raisonnablement être tenue de prévoir cet empêchement et ses effets sur son aptitude à exécuter le contrat au moment de sa conclusion; - qu’elle n’aurait pas pu raisonnablement éviter ou surmonter cet empêchement, ou à tout le moins, ses effets. 2. Un empêchement dans le sens du paragraphe (1) ci-dessus peut résulter des événements tels que les événements ci-dessous, cette énumération n’étant pas limitative: a) la guerre, déclarée ou non déclarée, la guerre civile, les émeutes et révolutions, les actes de piraterie, les sabotages; b) les cataclysmes naturels tels que les violentes tempêtes, les cyclones, les tremblements de terre, les raz de marée, les inondations, la destruction par la foudre; c) les explosions, incendies, destructions de machines, d’usines et d’installations quelles qu’elles soient; d) les boycotts, grèves et lock-out sous quelque forme que ce soit, les grèves du zèle, les occupations d’usines et de locaux, les arrêts de travail se produisant dans les entreprises de la partie qui demande l’exonération de sa responsabilité; e) les actes d’autorité, qu’ils soient licites ou illicites, à l’exception de ceux dont une partie assume le risque en vertu d’autres clauses du contrat, et en dehors des questions mentionnées au paragraphe 3 ci-dessous. 3. Pour l’application du paragraphe (1) ci-dessus, et sauf stipulation contraire dans le contrat, les empêchements ne comprennent pas l’absence d’autorisation, de licence, de visa d’entrée ou d’autorisation de séjour, ou d’approbations nécessaires à l’exécution du contrat et devant être délivrée par une autorité publique quelconque du pays de la partie qui demande l’exonération de sa responsabilité.

Devoir de notifier 4. Une partie qui demande l’exonération de sa responsabilité informera dès que possible, sitôt après que l’empêchement et ses effets sur son aptitude à exécuter son obligation sont connus d’elle, l’autre partie de cet empêchement et de ses effets sur son aptitude à remplir les engagements. Un avis sera également donné lorsque le motif de dégagement de la responsabilité cesse. 5. le motif d’exonération de la responsabilité prend effet à partir du moment où survient l’empêchement ou, si l’avis n’est pas donné en temps utiles à partir du moment où l’avis est donné. Le fait de ne pas donner cet avis fait que la partie défaillante est passible de dommages-intérêts qui autrement auraient pu être évités.

Effets des motifs d’exonération de responsabilité 6. un motif d’exonération de responsabilité au titre de la présente clause exempte la partie défaillante du paiement de dommages-intérêts, pénalités et autres sanctions contractuelles, à l’exception du paiement des intérêts sur les sommes dues, aussi longtemps et pour autant que ce motif subsiste. 7. En outre, il suspend le délai d’exécution pendant une période raisonnable, excluant par là même le droit éventuel de l’autre partie de résilier ou d’annuler le contrat. Pour la détermination de ce qui peut être considéré comme une période raisonnable, seront pris en compte l’aptitude de la partie défaillante à reprendre son exécution et l’intérêt qu’aurait l’autre partie à bénéficier de cette exécution malgré les délais. En attendant l’exécution de ses obligations par la partie défaillante, l’autre partie peut suspendre l’exécution de ses propres obligations. 8. Si les motifs de l’exemption se prolongent au-delà de la période prévue par les parties [période applicable à spécifier ici par les parties] ou, en l’absence d’une telle disposition, au-delà d’une période raisonnable, l’une ou l’autre des parties aura le droit de résilier le contrat en donnant notification. 9. Chaque partie peut conserver ce qu’elle a obtenu grâce à l’exécution du contrat avant qu’il n’y soit mis fin. Chaque partie est comptable envers l’autre de tout enrichissement sans cause résultant de cette exécution. Le paiement du solde final se fera sans délai” (Publicação n. 421. Paris: CCI, 1985).

Para a adoção da cláusula transcrita, é necessário que seja citada a sua procedência, ou seja, que se mencione tratar-se de cláusula-tipo de força maior da CCI e o número da publicação onde pode ser encontrada.

As cláusulas-tipo de força maior, como a supratranscrita, têm encontrado bastante acolhida no direito internacional.

Essa receptividade se dá pela maior dificuldade na elaboração de cláusulas nos contratos internacionais em virtude da presença de diferentes legislações e diversos sistemas jurídicos, diferenças de linguagem que tornam mais árdua a tarefa do legislador em alcançar definições que comprazam ambas as partes.

Como as partes pretendem eficácia para suas cláusulas chega-se a conclusão que é mais útil adotar-se cláusulas já consagradas internacionalmente do que se aventurar em busca de um modelo ideal.

### 2.3.8 A LEI DO CONTRATO E A FORÇA MAIOR

Sabe-se que a escolha da lei do contrato regerá a relação jurídica, de acordo com as estipulações contidas no sistema legal invocado.

Seria de se esperar, portanto, que, ao escolher uma lei, as partes confiassem na capacidade dela para gerir as relações e assegurar sua estabilidade, não havendo necessidade de adicionar cláusulas, como as de força maior, para garantir a resolução de problemas no caso do surgimento de eventos alheios às suas vontades e que possam alterar as obrigações.

Nos contratos internacionais, o que se observa é uma tendência a, além da escolha da lei, redigir cláusulas de força maior para regulamentar as situações excepcionais. Assim entendemos da citação de Ugo Draetta e Ralph Lake:

As partes nos contratos internacionais parecem assim, mais e mais conscientes da existência nos usos internacionais de uma noção de força maior independente de qualquer direito interno, e elas desejam usar essa noção mais e mais freqüentemente<sup>187</sup>.

---

<sup>187</sup> “Les parties aux contrats interantionaux apparaissent donc de plus en plus conscientes de l’existence dans les usages internationaux, d’une notion de force majeure indépendante de tout droit interne et elles désirent utiliser cette notion de plus en plus fréquemment” (DRAETTA, Ugo; LAKE, Ralph. **Contrats internationaux**: pathologie et remèdes. Bruxelles: Bruylant, 1996, p. 99).

Isso se deveria ao fato de a lei aplicável não suprir precisamente a resposta aos problemas resultantes de eventos supervenientes, pelo fato das regras nacionais serem mal adaptadas para as situações internacionais<sup>188</sup>.

Parece-nos que a coexistência da lei do contrato e das cláusulas de força maior é pacífica e que, no caso de impasse entre as duas, o que vale é a cláusula especificamente delineada pelas partes.

### 2.3.9 A FORÇA MAIOR NAS LEGISLAÇÕES DOS PAÍSES E NAS CONVENÇÕES INTERNACIONAIS

Concebida desde o Direito romano como um evento exterior, imprevisível e irresistível, tornando a execução da obrigação impossível<sup>189</sup>, a força maior é encontrada na maior parte das legislações dos países e também em algumas convenções internacionais, com variações de conteúdo, de forma e interpretação, mas destinadas a regular situações que fujam ao controle das partes, impedindo a realização das obrigações.

Na América do Sul, adotam a força maior expressamente em suas legislações o Brasil, a Argentina, a Bolívia e o Paraguai.

No Brasil, cujo Código Civil de 1916 já contemplava eventos resultantes de caso fortuito e força maior, com a reforma do Código, em vigor a partir do ano de 2003, em seu art. 393, apenas se transcreveu o inteiro teor do artigo anterior. Vejamos:

Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes do caso fortuito ou força maior, se expressamente não houver por eles se responsabilizado.

Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir<sup>190</sup>.

O dispositivo é muito simples, não identificando o que seja caso fortuito e força maior, equiparando-os em efeitos. Não requer também o dispositivo sejam

<sup>188</sup> DELAUME, Georges, R. **Transnational contracts: applicable law and settlement of disputes**. New York: Oceana Publications, 1997, p. 43.

<sup>189</sup> DRAETTA, Ugo; LAKE, Ralph. Ob. cit., p. 92.

<sup>190</sup> Código Civil. 54. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

imprevisíveis os fatos para caracterizar a força maior ou o caso fortuito, como o fazem algumas legislações.

Com a mesma orientação, ou seja, apenas mencionando a força maior e não identificando os fatos que lhe caracterizam, o Código Civil argentino, em seu artigo 513, contempla a exclusão de responsabilidade do devedor pelo não-cumprimento da obrigação, em virtude de incidência de força maior:

Art. 513.- El deudor no será responsable de los daños e intereses que se originen al acreedor por falta de cumplimiento de la obligación, cuanto éstos resultaren de caso fortuito o fuerza mayor, a no ser que el deudor hubiera tomado a su cargo las consecuencias del caso fortuito, o éste hubiere ocurrido por su culpa, o hubiese ya sido aquel constituido en mora, que no fuese motivada por caso fortuito, o fuerza mayor<sup>191</sup>.

Na Argentina, também se encontra a provisão legal de força maior no Código de Defesa do Consumidor:

ARTICULO 10 bis. — Incumplimiento de la obligación. El incumplimiento de la oferta o del contrato por el proveedor, salvo caso fortuito o fuerza mayor, faculta al consumidor, a su libre elección a:

- a) Exigir el cumplimiento forzado de la obligación, siempre que ello fuera posible;
- b) Aceptar otro producto o prestación de servicio equivalente;
- c) Rescindir el contrato con derecho a la restitución de lo pagado, sin perjuicio de los efectos producidos, considerando la integridad del contrato.

Todo ello sin perjuicio de las acciones de daños y perjuicios que correspondan<sup>192</sup>.

Na Bolívia, tanto o Código Civil como o Código de Procedimiento Civil, em diversos artigos, mencionam a força maior, mas não há nenhuma disposição expressa aplicável diretamente aos contratos, tratando-se apenas de disposições genéricas que nos levam a inferir a aceitação do instituto.

O Paraguai adota em seu Código Civil a força maior. Isento fica o devedor no caso de não-cumprimento de suas obrigações por força maior:

<sup>191</sup> Código Civil argentino. Lei 17.711. Disponível em: <<http://infoleg.mecon.gov.ar>>. Acesso em: 11 mar. 2004.

<sup>192</sup> Código Civil argentino. Disponível em: <<http://infoleg.mecon.gov.ar>>. Acesso em: 11 mar. 2004.

Art. 426.- El deudor no será responsable de los daños e intereses que originan al acreedor por falta de cumplimiento de la obligación, cuando éstos resultaren de caso fortuito o fuerza mayor, a no ser que el deudor hubiere tomado a su cargo las consecuencias del caso fortuito, o éste hubiere ocurrido por su culpa, o ya hubiere incurrido en mora, que no fuese motivada por caso fortuito o fuerza mayor<sup>193</sup>.

No continente europeu, entre os países que adotam o sistema de leis civil, aceita expressamente a força maior a França, no art. 1.148 do Código Civil, que faz menção à força maior como liberatória do devedor, não havendo previsão de suspensão ou término do contrato:

Artigo 1.148. Não ocorre nenhum, perdas ou danos, quando, na seqüência a uma força maior ou um caso fortuito, o devedor foi impedido de dar ou fazer aquilo a que estava obrigado, ou fez aquilo que lhe era proibido<sup>194</sup>.

Implicitamente, ainda na Europa, encontramos as legislações espanhola e alemã, que prescrevem a liberação do devedor do cumprimento de suas obrigações por fatos imprevisíveis ou inevitáveis, aproximando-se da força maior, vez que, para que se assimilassem a institutos como imprevisão ou *hardship*, deveriam propor a possibilidade de revisão dos contratos.

A legislação espanhola traz a isenção de responsabilidade por fatos imprevisíveis no art. 1.105 do Código Civil, e esta é equivalente à força maior:

Art. 1.105.  
Fuera de los casos expresamente mencionados en la ley, y de los que así declare la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables<sup>195</sup>.

De forma coerente à nossa proposição, Guardiola Sacarrera vislumbra no dispositivo a existência da força maior:

<sup>193</sup> Código Civil Paraguay. Disponível em: <<http://www.paraguaygobierno.gov.py/codigocivilestructurado.html>>. Acesso em: 2 mar. 2004.

<sup>194</sup> “Article 1148. Il n'y a lieu à aucun dommages et intérêts lorsque, par suite d'une force majeure ou d'un cas fortuit, le débiteur a été empêché de donner ou de faire ce à quoi il était obligé, ou a fait ce qui lui était interdit” (Código Civil Francês. Disponível em <<http://lexinter.net/Legislation/codecivil.htm>>. Acesso em: 14 maio 2004.

<sup>195</sup> Código Civil Espanhol. Disponível em: <<http://civil.udg.es/normacivil/estatal/CC/L4.htm>>. Acesso em: 14 maio 2004.

La exigencia del carácter imprevisible e inevitable del impedimento o de sus consecuencias coincide sustancialmente con el concepto que en la doctrina española suele darse a la “fuerza mayor” a efectos de los dispuesto en el artículo 1.105 de Código Civil<sup>196</sup>.

Na Alemanha, seguindo semelhante análise, o Código Civil alemão, *Bürgerliches Gesetzbuch*, ou simplesmente BGB, como é conhecido, dispõe sobre a impossibilidade de performance devida a circunstâncias pelas quais o devedor não é responsável, como forma de liberá-lo de suas obrigações, e equipara a inabilidade de performance do devedor à impossibilidade de performance:

Livro 2: § 275-281

§ 275. (impossibilidade pela qual não se é responsável)

(1) o devedor fica liberado de sua obrigação de fazer se a realização se tornar impossível por causa de uma circunstância, pela qual ele não é responsável, que ocorra depois da criação da obrigação.

(2) a inabilidade do devedor em realizar depois da criação da obrigação é equivalente à subsequente impossibilidade de performance<sup>197</sup>.

Concluimos também aqui se tratar de dispositivo que se assemelha à força maior, por guardar mais pontos coincidentes com esse instituto.

A Inglaterra, país onde vigora a *common law*, não tem previsão legal nenhuma a respeito da força maior. A doutrina naquele país que permite, em alguns casos, o desligamento do contrato pelas partes, sem ônus, é a da frustração de propósito, ou simplesmente frustração, que não se parece com o instituto da força maior, apesar de que é possível encontrar opiniões como a de Ewan McKendrick, que equipara a frustração com a força maior: “[...] força maior corresponde para a lei inglesa à frustração [...] não há doutrina geral de Força Maior na lei inglesa”<sup>198</sup>.

Não nos parece ser a realidade, pois a frustração é instituto bem diferenciado da Força Maior, o que veremos em capítulo adiante.

<sup>196</sup> SACARRERA, E. Guardiola. **La compraventa internacional**. importaciones y exportaciones. Barcelona: Bosch, 1994, p. 150.

<sup>197</sup> Código Civil Alemão – BGB “Book 2 § 275-281. Disponível em: <<http://www.hull.ac.uk/php/lastcb/bgbengl.htm>>. Acesso em: 13 maio 2004.

<sup>198</sup> “[...] *force majeure* corresponds to the English law of frustration [...] there is no general doctrine of *force majeure* in English law” (McKENDRICK, Ewan. **Force majeure and frustration of contract**. London: Lloyd’s of London Press, 1991, p. 8).

Na América do Norte, os Estados Unidos, outro país onde vigora quase que totalmente o *common law*, também não conta com legislação específica sobre força maior.

Encontram-se, no Código Comercial Uniforme, disposições legais respeitantes à dispensa de performance, mas não há nada literal sobre força maior:

#### Código Comercial Uniforme

##### § 2-615.

#### JUSTIFICATIVA POR MOTIVO DE CARÊNCIA DE CONDIÇÕES PRESUPOSTAS.

Salvo na medida em que um vendedor pode ter assumido uma obrigação maior, e sujeito à secção anterior sobre atuação substituída:

- a) A entrega atrasada ou a falta de entregar parcial ou total por um vendedor que cumpre os parágrafos (b) e (c) não é uma violação do seu dever a um contrato de venda, se a realização segundo acordada se tornou impraticável pela ocorrência de uma contingência à não-ocorrência da qual era uma suposição básica pela qual o contrato foi feito, ou por cumprimento em boa-fé de qualquer regulamento pertinente ou ordem governamental estrangeira ou nacional se, ou não, o mesmo posteriormente resulta inválido.
- b) Quando as causas mencionadas no parágrafo (a) afetem somente uma parte da capacidade do vendedor de cumprir suas obrigações, ele deve distribuir a produção e as entregas entre seus clientes mas pode, a sua opção, incluir clientes regulares não sob contrato no momento assim como seus próprios requisitos para fabricação adicional. Ele também pode assim distribuir de qualquer forma que seja justa e razoável.
- c) O vendedor deve oportunamente notificar ao comprador que haverá atraso ou falta de entrega e quando a distribuição seja requerida sob parágrafo (b) da quota estimada assim disponibilizada para o comprador.

##### § 2-616

#### PROCEDIMENTO PARA NOTIFICAÇÃO QUE REIVINDICA JUSTIFICATIVA

- (1) Quando o comprador recebe notificação de um atraso material ou indefinido ou de uma distribuição justificada na secção anterior, ele pode, por notificação escrita ao vendedor, quanto a qualquer entrega específica, e quando a possível deficiência prejudica substancialmente o valor do contrato inteiro sob as disposições deste Artigo que tratam da violação de contratos a prestação (Secção 2-612), também quanto à totalidade,
  - (a) terminar e de essa maneira extinguir qualquer parte não-realizada do contrato, ou

- (b) modificar o contrato aceitando tomar sua quota disponível como substituto.
- (2) Se após receber tal notificação do vendedor o comprador não modificar o contrato dentro de um período razoável de não mais de trinta dias, o contrato termina quanto a quaisquer entregas afetadas.
- (3) As disposições desta secção não podem ser anuladas por ajuste salvo na medida em que o vendedor tenha assumido uma obrigação maior sob a secção anterior<sup>199</sup>.

Ainda que não haja legislação específica, muitos contratos americanos, com legislação americana ou partes de nacionalidade americana, trazem cláusulas de força maior, com as palavras na língua francesa “*force majeure*” e com significado que os países de direito civil atribuem à cláusula.

Podemos encontrar ainda a força maior, de forma tácita, na Convenção de Viena sobre venda internacional de mercadorias de 1980, que em seu artigo 79 contém dispositivo legal prevendo a inexecução, por impedimento independente da vontade da parte, como forma de exclusão da responsabilidade, deixando antever, ainda, implicitamente, a suspensão do contrato pelo tempo de duração da impossibilidade.

<sup>199</sup> “§ 2-615. Excuse by Failure of Presupposed Conditions.

Except so far as a seller may have assumed a greater obligation and subject to the preceding section on substituted performance:

(a) Delay in delivery or non-delivery in whole or in part by a seller who complies with paragraphs (b) and (c) is not a breach of his duty under a contract for sale if performance as agreed has been made impracticable by the occurrence of a contingency the non-occurrence of which was a basic assumption on which the contract was made or by compliance in good faith with any applicable foreign or domestic governmental regulation or order whether or not it later proves to be invalid.

(b) Where the causes mentioned in paragraph (a) affect only a part of the seller's capacity to perform, he must allocate production and deliveries among his customers but may at his option include regular customers not then under contract as well as his own requirements for further manufacture. He may so allocate in any manner which is fair and reasonable.

(c) The seller must notify the buyer seasonably that there will be delay or non-delivery and, when allocation is required under paragraph (b), of the estimated quota thus made available for the buyer.

§ 2-616. Procedure on Notice Claiming Excuse.

(1) Where the buyer receives notification of a material or indefinite delay or an allocation justified under the preceding section he may by written notification to the seller as to any delivery concerned, and where the prospective deficiency substantially impairs the value of the whole contract under the provisions of this Article relating to breach of installment contracts (Section 2-612), then also as to the whole,

(a) terminate and thereby discharge any unexecuted portion of the contract; or

(b) modify the contract by agreeing to take his available quota in substitution.

(2) If after receipt of such notification from the seller the buyer fails so to modify the contract within a reasonable time not exceeding thirty days the contract lapses with respect to any deliveries affected.

(3) The provisions of this section may not be negated by agreement except in so far as the seller has assumed a greater obligation under the preceding section”. Disponível em: <<http://www.law.cornell.edu/ucc/2/2-616.html>>. Acesso em 16.5.2004.

O mencionado artigo traz, ainda, a necessidade de provar que o impedimento é alheio à vontade da parte, bem assim o dever de comunicar a outra parte sobre a ocorrência da força maior, que são alguns dos requisitos desse instituto, pelo que podemos depreender tratar-se de força maior:

Art. 79.

Uma parte não é responsável pela inexecução de qualquer uma de suas obrigações se ela provar que essa inexecução é devida a um impedimento independentemente de sua vontade e que não se podia razoavelmente esperar dela que ela levasse em consideração no momento da conclusão do contrato, que ela prevenisse ou superasse, ou que ela prevenisse ou superasse as conseqüências.

.....  
3º A exoneração prevista no presente artigo produz efeitos enquanto durar o impedimento.

4º A parte que não executou deve advertir a outra parte do impedimento e de seus efeitos sobre a sua capacidade de executar. Se a advertência não chegar ao seu destino em um prazo razoável a partir do momento em que a parte que não executou conheceu ou deveria ter conhecido o impedimento, está obrigada a perdas e danos em razão desta falta de recebimento<sup>200</sup>.

Os princípios para contratos comerciais internacionais, conhecidos como Unidroit, trazem prevista a possibilidade de exoneração de responsabilidade por eventos alheios ao controle das partes, que se assemelha, segundo explicações constantes do próprio artigo, que a seguir veremos, à força maior.

Artigo 7.1.7 (Força Maior)

(1) a não-performance por uma parte fica dispensada se a parte provar que a não-performance foi devida a um impedimento além do seu controle e que não poderia ser razoavelmente esperado ter levado em conta o impedimento no momento da

<sup>200</sup> “Art. 79

<sup>1</sup> Une partie n'est pas responsable de l'inexécution de l'une quelconque de ses obligations si elle prouve que cette inexécution est due à un empêchement indépendant de sa volonté et que l'on ne pouvait raisonnablement attendre d'elle qu'elle le prenne en considération au moment de la conclusion du contrat, qu'elle le prévienne ou le surmonte ou qu'elle en prévienne ou surmonte les conséquences.

.....  
<sup>3</sup> L'exonération prévue par le présent article produit effet pendant la durée de l'empêchement.

<sup>4</sup> La partie qui n'a pas exécuté doit avertir l'autre partie de l'empêchement et de ses effets sur sa capacité d'exécuter. Si l'avertissement n'arrive pas à destination dans un délai raisonnable à partir du moment où la partie qui n'a pas exécuté a connu ou aurait dû connaître l'empêchement, celle-ci est tenue à des dommages-intérêts du fait de ce défaut de réception (Convenção de Viena. Disponível em: <[http://www.legifrance.gouv.fr/html/traitesinternationaux/liste\\_traites.htm](http://www.legifrance.gouv.fr/html/traitesinternationaux/liste_traites.htm)>. Acesso em: 25 maio 2004).

conclusão do contrato ou ter evitado ou superado suas conseqüências.

(2) quando o impedimento é apenas temporário, a dispensa deverá ter efeito por um período que seja razoável, levando em conta quanto ao efeito do impedimento na performance do contrato.

(3) a parte que falha em realizar deve notificar à outra parte do impedimento e seu efeito sobre sua habilidade em executar. Se a notificação não for recebida pela outra parte, dentro de um período razoável de tempo depois que a parte que falhou em realizar soube ou deveria ter sabido do impedimento, é legalmente responsável pelos danos resultantes dessa não-recepção.

(4) nada neste artigo impede uma das partes de exercer o direito de terminar o contrato ou recusar performance ou requerer juros no dinheiro devido<sup>201</sup>.

Nota-se que a cláusula guarda bastante similaridade com o disposto na Convenção de Viena e que traz requisitos bem precisos do procedimento a ser adotado pelas partes para o benefício da escusa por não-performance.

Nas notas explicativas de cada artigo, constantes do texto do Unidroit, é feita uma correspondência entre o artigo e a frustração e a impossibilidade de performance, força maior e outros sistemas de isenção de responsabilidade no Direito Civil, deixando frisado que a eles não se iguala, apenas se assemelha:

O artigo abrange os assuntos cobertos nos sistemas do *common law* pelas doutrinas da frustração e da impossibilidade de performance e nos sistemas de direito civil pelas doutrinas da força maior, *Unmöglichkeit*, etc. mas não é idêntica a nenhuma dessas doutrinas. O termo “força maior” foi escolhido porque é vastamente conhecido nas práticas de comércio internacional, como fica confirmado pela inclusão

---

<sup>201</sup> “ARTICLE 7.1.7 (Force majeure)

(1) Non-performance by a party is excused if that party proves that the non-performance 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.

(2) When the impediment is only temporary, the excuse shall have effect for such period as is reasonable having regard to the effect of the impediment on the performance of the contract.

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

(4) Nothing in this article prevents a party from exercising a right to terminate the contract or to withhold performance or request interest on money due” (UNIDROIT. Principles of International Commercial Contracts. Disponível em: <<http://www.unidroit.org>>. Acesso em: 23 abr. 2004).

em muitos contratos internacionais das chamadas “cláusulas de força maior”<sup>202</sup>.

## 2.4 HARDSHIP

### 2.4.1 INTRODUÇÃO

Entre as cláusulas e institutos que aludem à adaptação dos contratos, a mais moderna, com toda a certeza, é a cláusula *hardship*<sup>203</sup>.

Por ser relativamente recente a sua aplicação, a expressão *hardship* não possui um conceito legalmente definido, com um significado fixo, variando de país para país<sup>204</sup>.

Quando há menção a cláusula, sempre é utilizada a expressão em inglês *hardship*, seja por países de língua inglesa ou não. Nos Estados Unidos também é possível encontrar a expressão *gross inequity clause*<sup>205</sup> para definir a cláusula *hardship*<sup>206</sup>.

A cláusula não é parte dos direitos internos dos países, não se encontrando legislações nacionais que mencionem ou adotem, expressamente, em seus textos uma cláusula *hardship*.

Ainda que não acolhida pelas legislações nacionais, a cláusula *hardship* é freqüentemente encontrada nos contratos internacionais.

Não se encontra na doutrina um histórico aprofundado no que tange à aparição da cláusula de *hardship*, apenas menção de sua utilização na prática

<sup>202</sup> “The notion of force majeure This article covers the ground covered in common law systems by the doctrines of frustration and impossibility of performance and in civil law systems by doctrines such as force majeure, Unmöglichkeit, etc. but it is identical with none of these doctrines. The term “force majeure” was chosen because it is widely known in international trade practice, as confirmed by the inclusion in many international contracts of so-called ‘force majeure’ clauses” (UNIDROIT. Principles of International Commercial Contracts. Disponível em: <http://www.unidroit.org>. Acesso em: 23 abr. 2004).

<sup>203</sup> A expressão *hardship* pode ser traduzida como “dificuldade, trabalho, privação, sofrimento, aflição, infortúnio, tribulação, fadiga” (MORAIS, Armando. **Dicionário de inglês-português**. Coimbra: Porto, 1966).

<sup>204</sup> ULLMAN, Harold. **Enforcement of hardship clauses in the French and American legal systems**. California Western International Law Journal, Califórnia: California Western Law School, v. 19, 1988-1989, p. 83.

<sup>205</sup> Traduz-se por “grande inequidade, enorme injustiça” (MORAIS, Armando. **Dicionário de inglês-português**. Coimbra: Porto, 1966).

<sup>206</sup> ULLMAN, Harol. Ob. cit. p., 83.

comercial internacional. O surgimento da cláusula, segundo Bruno Oppetit, deu-se a partir da prática internacional, pelos juristas anglo-saxões<sup>207</sup>.

Sabe-se que as práticas comerciais sempre se adiantaram às legislações, que se alteram posteriormente para acomodar os usos e costumes cristalizados pelos comerciantes. É o que deverá ocorrer no tocante à cláusula de *hardship*.

É praticamente pacífica a opinião doutrinária de que a cláusula de *hardship* é criação dessa prática comercial internacional, surgida com o uso nos contratos internacionais de longa duração. Conforme afirma Bruno Oppetit, “sua aparição corresponderia, assim, a uma criação da prática produzida pelas necessidades específicas do comércio internacional”<sup>208</sup>.

No juízo de Maria Luiza Granziera, a cláusula *hardship* seria exemplificativa da “criatividade dos negociadores, visando a suprir as lacunas dos conceitos clássicos no que se refere à solução do problema da incerteza nos contratos internacionais de duração prolongada”<sup>209</sup>.

Ainda há muitas lacunas legais respeitantes à *hardship* em quase todos os países, com apenas algumas poucas menções codificadas em normas de âmbito internacional.

Provavelmente, como aconteceu antes com inúmeros institutos, em um futuro próximo veremos a cláusula *hardship* acolhida expressamente em muitas legislações pelo mundo.

Atualmente, encontramos a cláusula *hardship* codificada nos princípios de regras gerais para os contratos comerciais internacionais – Unidroit:

Artigo 6.2.1 (contrato a ser observado)

Quando a performance de um contrato se tornar mais onerosa para uma das partes, aquela parte está, não obstante, se compromete a realizar suas obrigações, sujeita às seguintes provisões de *hardship*.

Artigo 6.2.2. (definição da *hardship*)

Existe *hardship* quando a ocorrência de eventos altera fundamentalmente o equilíbrio do contrato, ou porque o custo da prestação de uma das partes aumentou, ou porque o valor da prestação que uma parte recebe diminuiu, e

<sup>207</sup> OPPETIT, Bruno. **L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances**: la clause de “hardship”. Paris: Clunet, 1974, p. 797.

<sup>208</sup> “[...] son apparition correspondrait donc à une création de la pratique secrétée par les besoins spécifiques du commerce international” (OPPETIT, Bruno. Ob. cit., p. 797).

<sup>209</sup> GRANZIERA, Maria Luiza Machado. **Contratos internacionais**: negociação e renegociação. São Paulo: Ícone, 1993, p. 78.

- (a) os eventos ocorrerem ou se tornarem conhecidos para a parte prejudicada depois da conclusão do contrato;
- (b) os eventos não podiam ter sido razoavelmente levados em conta pela parte prejudicada no momento da conclusão do contrato;
- (c) os eventos estão além do controle da parte prejudicada; e
- (d) o risco dos eventos não foi assumido pela parte prejudicada.

Artigo 6.2.3 (efeitos da *hardship*)

- (1) em caso de *hardship* a parte prejudicada tem o direito a requer renegociações. A solicitação deverá ser feita sem atraso excessivo e deve indicar os motivos nos quais está baseada;
- (2) a solicitação de renegociação não autoriza de *per se* a parte prejudicada a recusar a prestação;
- (3) na falha em se chegar a um acordo em um período razoável de tempo, qualquer das partes poderá recorrer à corte;
- (4) se a corte aceitar a *hardship* poderá, se razoável:
  - (a) terminar o contrato em prazo e termos a serem fixados; ou
  - (b) adaptar o contrato com vistas a restaurar seu equilíbrio<sup>210</sup>.

Esses princípios não precisam estar expressamente citados em um contrato para valer, nem é necessário que as partes os designem como lei do contrato; basta, de acordo com os propósitos dos princípios constantes em seu início, que as partes tenham acordado que seu contrato é governado pelos princípios gerais do direito, pela *lex mercatoria*, ou similar.

Os princípios ainda podem ser utilizados na impossibilidade de se estabelecer qual é a regra pertinente da lei aplicável.

Também a Câmara Internacional de Comércio de Paris (CCI) estabeleceu em 2003 uma cláusula modelo de *hardship*, adaptação de cláusula anterior, de 1985, que se tornou conhecida como “Cláusula Hardship ICC 2003”, cuja

<sup>210</sup> “Article 6.2.1 (Contract to be observed). Where the performance of a contract becomes more onerous for one of the parties, that party is nevertheless bound to perform its obligations subject to the following provisions on hardship. Article 6.2.2 (Definition of hardship). There is hardship where the occurrence of events fundamentally alters the equilibrium of the contract either because the cost of a party’s performance has increased or because the value of the performance a party receives has diminished, and (a) the events occur or become known to the disadvantaged party after the conclusion of the contract; (b) the events could not reasonably have been taken into account by the disadvantaged party at the time of the conclusion of the contract; (c) the events are beyond the control of the disadvantaged party; and (d) the risk of the events was not assumed by the disadvantaged party. Article 6.2.3 (Effects of hardship) (1) In case of hardship the disadvantaged party is entitled to request renegotiations. The request shall be made without undue delay and shall indicate the grounds on which it is based. (2) The request for renegotiation does not itself entitle the disadvantaged party to withhold performance. (3) Upon failure to reach agreement within a reasonable time either party may resort to the court. (4) If the court finds hardship it may, if reasonable, (a) terminate the contract at a date and on terms to be fixed; or (b) adapt the contract with a view to restoring its equilibrium.” (International Institute for the Unification of Private Law - UNIDROIT. Disponível em: <<http://www.unidroit.org>>. Acesso em: 23 abr. 2004).

aplicação, segundo a “nota introdutória de aplicação da cláusula<sup>211</sup>” cabe em qualquer contrato que a incorpore expressamente ou por referência.

Dispõe a cláusula sobre a possibilidade de renegociação do contrato pelas partes, quando a performance do contrato se tornar por demais onerosa para uma das partes devido a eventos além de seu razoável controle e que “não podiam ter sido esperados ou levados em conta no momento da conclusão do contrato e que não puderam ser razoavelmente evitados ou superados”<sup>212</sup>.

#### 2.4.2 DEFINIÇÃO DA CLÁUSULA DE *HARDSHIP*

Encontram-se diversas definições de *hardship* na doutrina, em virtude, conforme já mencionamos, de não haver uma uniformidade legal a embasá-la. Em todas as definições, parece haver acordo entre os doutrinadores no sentido de que a cláusula é o elemento contratual que permite a renegociação do contrato diante de situações adversas que lhe alterem a execução.

A definição clássica de *hardship*, seguida pela maioria dos doutrinadores, é aquela encontrado na obra de Oppetit:

A cláusula de “hardship” pode ser definida como aquela no cerne da qual as partes poderão demandar uma reorganização do contrato que as liga, se uma mudança produzida nos dados iniciais em vista dos quais elas se comprometeram, vem modificar o equilíbrio desse contrato ao ponto de fazer uma das partes suportar um rigor “hardship” injusto<sup>213</sup>.

Modernamente, Mauricio Almeida Prado percebe a cláusula *hardship* como um remédio jurídico:

<sup>211</sup> “ Introductory Note on the Application of the Clause”. **ICC Force Majeure Clause 2003. ICC Hardship Clause 2003**. Paris: ICC Publishing, 2003, p.15.

<sup>212</sup> “ which it could not reasonably have been expected to have taken into account at the time of the conclusion of the contract; and that it could not reasonably have avoided or overcome [...]”. **ICC Force Majeure Clause 2003. ICC Hardship Clause 2003**. Paris: ICC Publishing, 2003, p.15

<sup>213</sup> “La clause «hardship», peut se définir comme celle aux cernes de laquelle les parties pourront demander un réaménagement du contrat qui les lie si un changement intervenu dans les données initiales au regard desquelles elles s'étaient engagées vient à modifier l'équilibre de ce contrat au point de faire subir à l'une d'elles une rigueur «hardship» injuste” (OPPETIT, Bruno. Ob. cit., p. 797).

Podemos conceptuar el *hardship* como el remedio jurídico aplicable a las situaciones en que la ocurrencia de hechos o eventos, razonablemente imprevisibles (cuando de la conclusión del contrato), y fuera del control de las partes, perturba el equilibrio del contrato, sea por el aumento de los costos de su ejecución, sea por la reducción del valor de la contra-prestación<sup>214</sup>.

Cláusula de *hardship* é aquela que permite às partes obter a renegociação dos termos contratuais em caso de ocorrências supervenientes à sua conclusão, durante a execução, que alterem o equilíbrio da obrigação, dificultando-o para uma das partes.

### 2.4.3 CARÁTER EVOLUTIVO DOS CONTRATOS

Os contratos, tradicionalmente, eram pactuados, concluídos e executados sem que houvesse alteração em seus termos. A conclusão de sua redação dava-se com o final das negociações e sua assinatura, devendo as partes curvarem-se ao inicialmente ajustado durante toda a extensão do contrato, que permanecia como que cristalizado no tempo.

A cláusula *hardship* foi mais uma progressão do direito que permitiu aos contratos evoluírem e se adequarem à passagem do tempo, sendo aperfeiçoados ao longo do percurso, conforme as conjunturas são apresentadas e as necessidades por elas determinadas.

A fase de negociações, em virtude da cláusula *hardship*, não termina com a conclusão do contrato, sendo renovada sempre que as partes se depararem com desequilíbrios em suas prestações<sup>215</sup>.

A cláusula de renegociação e adaptação é um elemento de construção do contrato, que lhe permite se conformar ao futuro, sendo delineado pelas partes e pelas circunstâncias, à medida que se executa<sup>216</sup>.

Pela cláusula *hardship* nada em um contrato é tido como eterno, imutável, estanque. Tudo aquilo que coloque em risco o contrato, que

<sup>214</sup> PRADO, Maurício C. Almeida. Nuevas perspectivas de reconocimiento y aplicabilidad Del *hardship* em la jurisprudencia arbitral internacional. **Revista de la Corte Española de Arbitraje**, Madrid: Câmaras de Comércio, Indústria y Navegación de Espana, v. XVIII, p. 14, 2003.

<sup>215</sup> DRAETTA, Ugo; LAKE, Ralph. Ob. cit., p. 192.

<sup>216</sup> FABRE, Regis. Ob. cit., p. 30.

desequilíbrio as relações, pode ser revisto e reavaliado pelas partes, passando a ser assim o contrato uma figura evolutiva, que se adapta aos novos tempos e é um verdadeiro reflexo da vontade das partes.

#### 2.4.4 CARACTERÍSTICAS OU ELEMENTOS DA CLÁUSULA

Existem alguns elementos ou características formadores da cláusula *hardship*, ou seja, requisitos sem os quais a cláusula não produzirá nenhum efeito. Para a doutrina corrente, esses requisitos são em número de três, “imprevisibilidade”, “exterioridade” e “desequilíbrio das prestações”.

Sem a presença desses três elementos, não se poderá invocar a proteção da cláusula. É esse o entendimento que encontramos no trabalho de Mohamed Boughaba:

O acontecimento do evento constitutivo de “hardship” deve ser em princípio imprevisível; esse evento deve se encontrar fora do controle das partes contratantes, que não devem ter cometido nenhuma falta; e deve, além do mais, atingir a economia do contrato<sup>217</sup>.

Georges Delaume indica os três requisitos acima citados como necessários à alegação de *hardship*:

[...] cláusulas de *hardship* apresentam um número de características comuns referentes às condições através das quais a *hardship* pode ser alegada. Em primeiro, o evento em questão deve ser imprevisível. Segundo, deve ser suficientemente substancial para destruir o equilíbrio das relações entre as partes. Terceiro, o evento deve estar além do controle da parte que alega *hardship* e não deve ser o resultado de não-cumprimento ou falha de performance da parte<sup>218</sup>.

<sup>217</sup> “La survenance de l'événement constitutif de “hardship” doit être en principe imprévisible; cet événement doit se trouver en dehors du contrôle des parties contractantes qui ne doivent commettre aucune faute; il doit en plus, porter atteinte à l'équilibre de l'économie du contrat” (BOUGHABA, Mohammed. **Les clauses d'adaptation économique et monétaire dans les contrats privés internationaux**. Thèse de doctorat. Lausanne: Huber Druck AG, 1984, p. 277).

<sup>218</sup> “[...] hardship clauses present a number of common characteristics in regard to the conditions at which hardship can be claimed. First, the event in question must be unforeseeable. Second, it must be so substantial as to destroy the equilibrium of the relations between the parties. Third, the event must be beyond the control of the party claiming hardship and must not result from a default or failure to perform by that party” (DELAUME, Georges. Ob. cit., p. 61).

Concordamos com os elementos apresentados, mas acrescentamos um que também nos parece fundamental, o decurso de certo lapso de tempo entre a conclusão da negociação contratual e o aparecimento dos demais elementos.

Faz-se necessária a análise de cada um dos elementos e características citados, em separado, para que se possa ter uma melhor compreensão da cláusula. Contudo, não nos aprofundaremos em demasia porque esses elementos são de teor similar àqueles já minuciosamente analisados quando do estudo da teoria da imprevisão.

#### 2.4.4.1 Imprevisibilidade

Consoante nosso comentário acima, já abordamos a imprevisibilidade no momento do estudo da teoria da imprevisão. Trazemo-lo novamente à baila no que se refere à cláusula de *hardship*, por ser fator fundamental à sua existência, devendo ser bem apreendido para que se saiba como opera a cláusula.

O evento que leva à utilização da cláusula *hardship* deve ser imprevisível. As partes não poderiam ter condições de vislumbrar, no momento da contratação, a sua ocorrência e não o fizeram.

É complexo compreender qual é o grau que a imprevisão do evento que provoca o uso da cláusula *hardship*, se deve ser absolutamente imprevisível, ou se há certa relativização permitida.

Nossa observação das opiniões doutrinárias prolatadas a esse respeito nos leva a crer que há uma tendência a “suavizar” a exigência da imprevisibilidade, aceitando uma forma de imprevisão mais branda, menos estrita.

Ugo Draeta e Ralph Lake são de opinião de que, ao menos em teoria, tudo é previsível, e que a imprevisibilidade significa simplesmente algo que as partes não puderam razoavelmente antecipar<sup>219</sup>.

Para Jean Michel Jacquet, a imprevisibilidade deve dar-se no sentido de que as partes não tiveram possibilidade de apreciar a probabilidade de sua ocorrência, e não no sentido de “impensável”<sup>220</sup>.

---

<sup>219</sup> DRAETTA, Ugo; LAKE, Ralph. Ob. cit., p. 193.

<sup>220</sup> JACQUET, Jean-Michel. *Le contrat international*. 2. ed. Paris: Dalloz, 1999, p., 161.

Irineu Strenger tem na imprevisibilidade um “acontecimento que escapa ao razoável controle das partes”<sup>221</sup>.

É difícil imaginar o que poderia ser tido como evento realmente imprevisível caso se exigisse a imprevisibilidade em seu significado puro. Basta abirmos um periódico comum e nos depararmos diariamente com desastres financeiros, em um país ou outro; impérios que se erguem e outros que caem; moedas que se valorizam e outras que, “num piscar de olhos”, perdem completamente seu valor; mudanças políticas que indicam crises econômicas e mudanças econômicas que levam a crises políticas; inflação, guerras, conflitos, revoltas, tumultos, greves, ações terroristas, enfim, é difícil enumerar a quantidade de fatos que se passam e aos quais estão sujeitos todos os povos.

É mais lógico aceitar que a imprevisibilidade a que se referem as características da cláusula de *hardship* é aquela que, dadas as circunstâncias que cercaram a negociação contratual, considerando-se aquele momento histórico e econômico, escapou à visão das partes, fugiu de seu controle, e estas acreditaram na sua não-ocorrência, ou que, se ocorresse, não teria um impacto desastroso sobre o contrato.

Caso se trate de um termo pactuado ou que deverá ser executado em locais cuja situação econômica é caótica e está o tempo todo sujeita a mudanças, alterando-se imediatamente após a assinatura do contrato, não haverá *hardship*, pois as partes terão contratado com vistas a essas conjunturas; em outras palavras, não haverá um dos requisitos da *hardship*, ou seja, a imprevisão (ainda que relativa).

Podemos vislumbrar tal assertiva em uma decisão das cortes americanas no caso Eastern Airlines contra Gulf Oil Corp.

A Gulf Oil terminou o contrato que tinha com a Eastern Airlines alegando que uma crise de energia, causada por instabilidade política no Oriente Médio, teria elevado o preço do petróleo cru, pelo que não seria mais possível continuar cumprindo o contrato.

A Corte da Flórida rejeitou o argumento de impossibilidade de cumprimento contratual em virtude da crise de energia causada pela instabilidade política, argumentando que esta era previsível, pelo que, ainda que houvesse

---

<sup>221</sup> STRENGER, Irineu. Ob. cit., p. 252.

cláusula de *hardship* no contrato, o que não existia, não procederia o argumento da Gulf, porque os eventos causadores da crise de energia eram razoavelmente previsíveis no momento da execução do contrato<sup>222</sup>.

É possível atestar que a imprevisão necessária à *hardship* é de igual qualidade àquela demonstrada para a caracterização da teoria da imprevisão.

#### 2.4.4.2 Exterioridade

A exterioridade exigida na *hardship* refere-se à isenção das partes no acontecimento do evento “imprevisto”.

De nenhum modo, em hipótese nenhuma, a parte que requer os efeitos da cláusula pode ter concorrido para o evento que causou o desequilíbrio da relação. O evento deve ser exterior ao razoável controle das partes e não imputável às mesmas<sup>223</sup>.

Por menor que tenha sido a colaboração da parte no acontecimento, se esta houver existido, exclui-se a *hardship*. É requerida isenção total por parte daquele que recorre à cláusula.

#### 2.4.4.3 Desequilíbrio

A confluência de fatores imprevisíveis e externos às partes deve provocar um abalo na relação econômica do contrato, tornando a prestação de uma das partes muito mais penosa do que a da outra, caracterizando um desequilíbrio entre prestação e contraprestação<sup>224</sup>.

A parte que recorre à *hardship* deve estar sofrendo um prejuízo importante, ou estar na iminência de ver sua prestação agravada ao ponto de grave dano, tornando a sua prestação muito maior do que a obrigação da outra parte.

Podemos verificar a aceitação da afirmativa acima em sentença CCI n° 9.479, datada de 1999 (partes não mencionadas).

---

<sup>222</sup> ULLMAN, Harold. Ob. cit. p. 90.

<sup>223</sup> OPPETIT, Bruno. Ob. cit., p. 801.

<sup>224</sup> GARCEZ, José Maria Rossani. **Contratos internacionais comerciais**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 122.

O caso versa sobre duas companhias italianas que contrataram a respeito do uso do nome de uma determinada companhia. De acordo com o contrato o Reclamante (companhia americana) tinha o direito de usar o nome da companhia como marca registrada, enquanto o Reclamado tinha o direito de usá-lo apenas para identificar-se como produtor dos bens que distribuía pelo mundo.

O Reclamante acusou o Reclamado de quebra contratual por ter criado confusão entre seu próprio nome e a marca registrada do Reclamante e processou o Reclamado por danos.

O Reclamado invocou a cláusula de *hardship* em sua defesa, arguindo que, após a adoção das diretivas europeias sobre marcas registradas (European Directive on Trademarks), em 1989, que introduziu termos mais liberais do que aqueles acordados no contrato, este deveria ser revisto ou, alternativamente, terminado.

O Tribunal Arbitral rejeitou a pretensão do Reclamado, sustentando que subsequentes evoluções legislativas, no contexto de um contrato, não constituem *hardship* quando não destroem o equilíbrio das respectivas obrigações das partes e, como no caso em questão não teria havido o desequilíbrio, a parte não poderia se socorrer da *hardship*.

O Tribunal Arbitral, por falta de desequilíbrio das obrigações, não concedeu nem a revisão contratual, nem o término solicitado pelo Reclamado<sup>225</sup>.

O objeto da imprevisibilidade reside no equilíbrio do contrato. Se este for rompido ou abalado, haverá *hardship*.

#### 2.4.4.4 Tempo

Não há como se falar na existência de uma situação de *hardship* sem que tenha havido certo lapso de tempo entre a conclusão do contrato, sua assinatura e sua execução.

Contratos que são executados imediatamente após a sua assinatura dificilmente serão atingidos por abalos imprevisíveis nas situações existentes.

---

<sup>225</sup> Decisão Arbitral CCI n° 9479. Disponível em: <[www.unilex.info](http://www.unilex.info)>. Acesso em: 20 de jul. 2004.

Algumas opiniões doutrinárias são no sentido de que a *hardship* ocorreria em contratos de longa duração<sup>226</sup>, em virtude do decurso do tempo.

Opina-se que, apesar de surgida para amparar contratos de longa duração, atualmente a cláusula se aplicaria a contratos mais curtos:

As cláusulas *hardship*, que inicialmente se encontravam apenas nos grandes contratos internacionais de longa duração [...], hoje vêm aplicar-se também aos contratos de natureza diversa e contratos de duração mais curta, dois ou três anos [...]<sup>227</sup>.

Encontramos, ainda, autores que acreditam que a cláusula pode aparecer em qualquer situação, mas que se encontra especialmente em contratos de longa duração:

Apesar de aparecer em uma variedade de contextos, elas são mais comumente usadas em contratos de longo termo para prover flexibilidade no caso de eventos imprevisíveis ou condições não usuais<sup>228</sup>.

Entendemos haver necessidade de certo distanciamento entre a data da conclusão e a data da execução, ainda que se trate de um curto espaço de tempo, para permitir o surgimento de situações inusitadas capazes de alterar o equilíbrio contratual.

## 2.4.5 CONTEÚDO E OBJETO DA CLÁUSULA

Conforme já mencionamos, é raro encontrar definição legal determinando qual o conteúdo da cláusula de *hardship*, como esta deve ser redigida e o que deve prever.

<sup>226</sup> CARAVACA, Alfonso L. Calvo; DE LA GÁNDARA, Luis Fernández (Coord.). **Contratos internacionales**. Madrid: Tecnos, 1997, p. 794.

<sup>227</sup> “Le hardship clauses, che inizialmente si trovavano solo nei grossi contratti internazionali di lunga durata (acquisto, somministrazione, appalto, ecc.), oggi vengono etese anche a contratti di natura diversa e di durata più corta, 2 o 3 anni [...]” (FRIGNANI, Aldo. **Contratti internazionali e mutamento delle circostanze**: clausole monetarie, hardship, forza maggiore. Milão: Seme S.P.A., 1989, p. 19).

<sup>228</sup> “Although they appear in a variety of contexts, they are most often used in long-term contracts to provide flexibility in the event of unforeseen or unusual conditions” (ULLMAN, Harold. **Enforcement of hardship clauses in the French and American legal systems**. *California Western International Law Journal*, California: California Western Law School, v. 19, 1988-1989, p. 104).

Fica a critério das partes a utilização da cláusula e sua inserção nos contratos, bem assim como delinear a cláusula e seu alcance, descrevendo o que consideram eventos causadores de *hardship*. Normalmente isso é feito de acordo com as suas necessidades e com a realidade vigente no momento da contratação.

Sendo assim, encontra-se nos contratos grande variedade de conteúdo para as cláusulas de *hardship*, podendo ser absolutamente precisas quanto às situações que poderão resultar em renegociação contratual, como genéricas e abstratas.

Prevêem, em sua maioria, a ocorrência de eventos econômicos, políticos ou técnicos capazes de alterar as circunstâncias.

Algumas vezes, as partes podem fazer menção a eventos próprios à natureza do seu negócio, como descobertas de novas fontes de energia, aumento de impostos, flutuação cambial, custos de matérias-primas, aplicação de direitos de importação e exportação, etc.<sup>229</sup>.

No entendimento de David Yates, uma cláusula de *hardship* deveria conter:

- (a) uma definição das circunstâncias quando a *hardship* vai ser considerada como tendo surgido,
- (b) o procedimento a ser adotado quando ocorre a *hardship*, e
- (c) o direito fundamental de terminar, colocar o problema nas mãos de uma terceira parte para solução, ou alguma outra provisão de sanção se qualquer parte se recusar a renegociar ou se a renegociação terminar em nada<sup>230</sup>.

Para Harold Ullman, bastam dois aspectos para conformar a cláusula:

Uma cláusula típica de *hardship* tem dois aspectos: (1) uma definição de *hardship* e (2) um método para adaptar o contrato para acomodar as circunstâncias alteradas<sup>231</sup>.

<sup>229</sup> DELAUME, Georges. Ob. cit., p. 61; LASBORDES, Victoire. Ob. cit., p. 521.

<sup>230</sup> "(a) a definition of the circumstances when hardship will be taken to have arisen, and (b) the procedure to be adopted when hardship occurs, and (c) the ultimate right to terminate, to place the matter in the hands of a third party for resolution, or some other sanction provision if either one party refuses to renegotiate or the renegotiation comes to nothing" (YATES, David. Ob. cit., p. 212).

<sup>231</sup> "A typical hardship clause has two aspects: (1) a definition of hardship and (2) a method to adapt the contract to accommodate the changed circumstances" (ULLMAN, Harold. Ob. cit., p. 81).

Não importa que o conteúdo da cláusula não seja padronizado ou que contenha todas as eventualidades que possam provocar *hardship*, ou a forma de procedimento no caso de seu aparecimento, mas, em nossa modesta opinião, é sumamente importante a denominação *hardship*, pois, a partir dessa identificação, os alcances da cláusula e suas derivações ficam mais claros para as partes.

Ainda que careça o instituto de um fundamento doutrinário firme<sup>232</sup>, há certa compreensão generalizada do seu alcance na praxe da contratação internacional.

A existência da cláusula de *hardship* em um contrato permite às partes a possibilidade de renegociar diretamente seus termos e adaptá-los às situações novas, em virtude do desequilíbrio causado por estas, sem longos debates judiciais, o que permite continuidade das relações e a preservação da existência do contrato até a sua conclusão.

As opiniões sobre qual seja o objeto da cláusula de *hardship* variam. Para certos autores, a cláusula destina-se a redefinir as obrigações contratuais e recompor o equilíbrio perdido. É assim para Alfonso Caravaca e Luis Fernández De La Gandara:

Las cláusulas de *hardship* también denominadas “cláusulas de imprevisión y de salvaguarda”, tienen por objeto readaptar y renegociar el contrato cuando una alteración de las circunstancias inicialmente presentes provoca un desequilibrio sustancial de las obligaciones de las partes<sup>233</sup>.

Na conjectura de David Yates, o objeto da cláusula de *hardship* é a modificação da relação contratual de uma relação estática para uma relação dinâmica, através da renegociação<sup>234</sup>.

#### 2.4.6 A OBRIGAÇÃO DE RENEGOCIAR

Pela adoção contratual de uma cláusula de *hardship*, cria-se para as partes a possibilidade de adaptar os contratos em virtude das novas situações que

---

<sup>232</sup> GRANZIERA, Maria Luiza Machado. Ob. cit., p. 79.

<sup>233</sup> CARAVACA, Alfonso L. Calvo; DE LA GÁNDARA, Luis Fernández. Ob. cit., p. 1792.

<sup>234</sup> YATES, David. Ob. cit., p. 208.

possam surgir durante sua execução, desequilibrando-o, o que permite seu retorno à normalidade e à correlação das prestações.

A escolha das partes em inserir uma cláusula de *hardship* em seus contratos não imputa a elas o dever de adaptar os pactos tão logo surjam circunstâncias que lhe alterem sobremaneira a vida.

A cláusula destina-se, antes de tudo, à obrigação das partes, diante de um evento *hardship*, de renegociar, de retornar à mesa de discussões, na tentativa de redirecionar seus negócios ao cumprimento de seus desejos iniciais.

A cláusula de *hardship* cria para as partes, basicamente, o dever de renegociar<sup>235</sup>.

Mas não basta simplesmente renegociar. Não estará cumprida a obrigação da cláusula se as partes participarem da negociação, por se verem forçadas a isso, mas tendo em mente o propósito de frustrá-la.

Às partes requer-se a apresentação de propostas sérias, que não sejam irrisórias ou desproporcionais, que estejam de acordo com a realidade dos fatos.

Assim, pode-se dizer que esse dever de renegociar não basta em si mesmo, mas requer empenho e boa-fé das partes para chegar a um acordo e a um bom término. A boa-fé é requisito fundamental e “seja qual for o objeto da renegociação, as partes são obrigadas a discutir de boa-fé, quer dizer, fazendo proposições sérias [...]”<sup>236</sup>.

#### 2.4.6.1 Obrigação de Meio

Ainda que revestida de toda a boa-fé possível e da firme vontade das partes de obter resultados satisfatórios, adaptando os contratos, nem sempre é possível chegar a um acordo por meio de uma renegociação.

Da obrigação de renegociar imposta pela cláusula *hardship* diz-se ser uma obrigação de meio e não uma obrigação de êxito. Não há obrigatoriedade de se lograr um resultado satisfatório, mas apenas de tentar chegar a ele envidando todos os esforços possíveis e ao alcance das partes.

<sup>235</sup> ULLMAN, Harold. Ob. cit., p. 92.

<sup>236</sup> “Quel que soit l’objet de la renégociation, les parties sont tenues de discuter de bonne fo, c’est-à-dire, en faisant des propositions sérieuses [...]” (LASBORDES, Victoire. **Les contrats déséquilibres**. Aix-Marseille: Presses Universitaires D’Aix Marseille, 2000, Tome II, p. 529).

David Yates sintetiza a alegação acima efetuada:

[...] uma cláusula *hardship* vai impor para as partes um dever de renegociar o contrato. É um acordo para negociar, mas não coloca as partes na obrigação de chegar a um acordo<sup>237</sup>.

A CCI, no caso 5.953, de 1989, pronuncia-se pela aceitação da obrigação de renegociar como sendo uma obrigação de meio, e não de resultado:

Dito de outra forma, se a obrigação de negociar não constituísse que uma obrigação de meio, ela estaria na realidade muito próxima a uma obrigação de resultado. [...] esse compromisso é assim uma obrigação contratual que se impõe a cada uma das partes. Sua obrigação de negociar antes de tal data de cada semestre sobre um só ponto, a saber, o preço, não no entanto uma obrigação de sucesso<sup>238</sup>.

A razão pela qual o dever de renegociar é uma obrigação de meio, e não de resultado, tem um motivo simples: não nos parece haver dispositivo legal capaz de obrigar os contratantes a concordarem entre si, pois qualquer meio impingido para se chegar a um assentimento não será acordo, certamente.

Se as partes conseguirem aquiescer, procederão à adaptação do contrato às novas circunstâncias, tornando-o apto a continuar sendo executado até a sua conclusão, ou caso a infelicidade se abata sobre as partes, até a eventualidade da necessidade de uma nova negociação, porque, salvo estipulação expressa em contrário, a cláusula não limita a quantidade de vezes que as partes podem fazer uso do mecanismo para readaptar os contratos.

#### 2.4.7 AUSÊNCIA DE ACORDO NA RENEGOCIAÇÃO

<sup>237</sup> “[...] a hardship clause will impose on the parties a duty to renegotiate the contract. It is an agreement to negotiate but it does not place on the parties an obligation to reach an agreement” (YATES, David. Ob. cit., p. 208).

<sup>238</sup> “[...] autrement dit, si l’obligation de négocier ne constituait qu’une obligation de moyens, elle était en réalité très proche d’une obligation de résultat[...]Ce engagement est donc une obligation contractuelle qui s’impose à chacune des parties. Leur obligation de négocier avant telle date de chaque semestre sur un seul point, à savoir le prix, n’est cependant pas une obligation d’aboutir” (PRADO, Mauricio C.A. Nuevas Perspectivas de reconocimiento y aplicabilidad del *hardship* en la jurisprudencia arbitral internacional. **Revista de la Corte Española de Arbitraje: 2003**. Madrid: Camaras de Comercio, Industria y Navegación de España, 2003, p. 28).

As partes, normalmente, procedem por elas mesmas à renegociação dos contratos ante o surgimento de eventos capazes de desequilibrá-los e na ocorrência de cláusulas de *hardship*.

Produzindo a cláusula de *hardship* a obrigatoriedade de renegociar, não há meios de se garantir que da renegociação surja resultado positivo e que ocorra necessariamente readaptação do contrato. Assim já frisamos em nosso estudo.

Se as partes, após cumprirem com a obrigação de renegociar, não conseguirem chegar a um acordo por si mesmas, deverão remeter-se a uma nova etapa.

Pode ser que a próxima etapa esteja contemplada no contrato, caso a redação da cláusula tenha sido precisa sobre os procedimentos a serem adotados em caso de fracasso das negociações. Se esse for o caso, segue-se o prescrito, senão, às partes restam algumas alternativas:

- a) término do contrato sem direito a qualquer reclamação; ou
- b) intervenção de terceiros para efetuar a adaptação do contrato; ou
- c) recurso à arbitragem e ao Judiciário.

A falha das renegociações, sem a obtenção da adaptação contratual desejada, não coloca automaticamente um fim ao contrato<sup>239</sup>. Este continua em vigor, ainda que desequilibrado.

A parte lesada, se julgar que sua obrigação tornou-se por demais onerosa, e não havendo outro recurso a ser adotado, poderá solicitar a rescisão contratual, sem qualquer responsabilidade por perdas ou danos. É essa a prescrição que encontramos nas palavras de Bruno Oppetit:

[...] diversas cláusulas prevêm que na falta de um acordo sobre a readaptação as partes têm o direito, segundo certas modalidades, de colocar fim ao contrato e de se liberar [...] <sup>240</sup>.

Também existe a possibilidade de que as partes decidam, durante a renegociação, pelo término do contrato e seu desaparecimento, de comum acordo<sup>241</sup>.

<sup>239</sup> BOUGHABA, Mohammed. *Les clauses d'adaptation économique et monétaire dans les contrats privés internationaux*. Thèse de doctorat. Lausanne: Huber Druck AG, 1984, p. 292.

<sup>240</sup> OPPETIT, Bruno. Ob. cit., p. 807.

<sup>241</sup> LASBORDES, Victoire. Ob. cit., p. 534.

### 2.4.7.1 Intervenção de Terceiros para Obter a Adaptação

Na impossibilidade de se obter um entendimento direto, as partes podem solicitar – ou determinação contida na cláusula de *hardship* pode designar – a intervenção de um terceiro, para que este proceda à adaptação do contrato ou colabore para essa finalidade.

Se a cláusula fizer a previsão expressa dessa intervenção, poderá ainda fazer referência à forma pela qual ela deverá ocorrer e, além disso, quem será o terceiro interveniente, definindo seu papel na negociação.

O terceiro poderá ser qualquer pessoa, um árbitro, um perito, um mandatário, ou também poderá ser uma solicitação a um juiz estatal para readaptar os contratos<sup>242</sup>, nos casos permitidos pelo ordenamento jurídico, como o sistema americano *rent-a-judge*, que será cuidado na seqüência.

Na falta de determinação contratual, as partes têm a faculdade de “encarregar expressamente um terceiro”<sup>243</sup> da missão de renegociar e adaptar.

A força da decisão do terceiro vai depender de sua nomeação pelas partes. Se se tratar de uma terceira pessoa não qualificada, sua decisão não terá força além de uma convenção entre as partes, valendo somente em âmbito contratual.

Se for um terceiro revestido da qualidade de árbitro ou juiz, a decisão poderá ter força de sentença arbitral ou judicial, podendo ser executada fora dos parâmetros contratuais<sup>244</sup>.

### 2.4.7.2 Recurso à Arbitragem ou ao Judiciário

Resta ainda para as partes, em caso de impossibilidade de se chegar a um acordo ou em caso de inexistência de estipulação contratual determinando a intervenção de terceiros, recorrer à arbitragem ou ao Judiciário na tentativa de obter a solução para os desequilíbrios contratuais.

Essas possibilidades estão, quase sempre, vislumbradas nos textos contratuais, sob a forma de cláusulas para solução de litígios.

<sup>242</sup> BOUGHABA, Mohammed. Ob. cit., p. 295-296.

<sup>243</sup> OPPETIT, Bruno. Ob. cit., p. 807.

<sup>244</sup> OPPETIT, Bruno. Ob. cit., p. 808; BOUGHABA, Mohammed. Ob. cit., p. 296.

Quando as partes não conseguem solucionar seus conflitos, podem recorrer a um desses institutos para, em seu lugar, chegar à melhor solução possível para seus problemas.

Na elevação das dificuldades contratuais a um tribunal arbitral ou a um juiz estatal, as partes devem estar cientes de que esses órgãos de solução de controvérsias poderão adequar o contrato da forma como julgarem melhor, não contentando igualmente às partes, ou, inclusive, podem considerar que jamais houve motivo para renegociação do pacto e que a *hardship* ocorrida não teve o condão de desequilibrar as relações, estando dentro da normal álea de risco contratual, e essas decisões terão força legal.

As formas de adaptação aqui mencionadas com brevidade são estudadas detalhadamente no terceiro capítulo deste trabalho.

#### 2.4.8 PARÂMETROS PARA UTILIZAÇÃO DA CLÁUSULA

A cláusula de *hardship* constante dos contratos não pode dotá-los de incerteza permanente de que, a qualquer momento, haverá solicitação de sua revisão por uma das partes.

Não é à mutabilidade permanente dos contratos que se destina a cláusula, mas, ao contrário, serve para manter a sua estabilidade, só se permitindo a revisão dos pactos quando houver alteração fundamental desta.

Para se caracterizar *hardship*, faz-se necessária uma alteração das circunstâncias que existiam no momento da conclusão dos contratos, que essas deixem de existir ou sofram mudanças radicais.

Somente alteração circunstancial ou o aparecimento de eventos novos e diversos daqueles que vigoravam na conclusão do contrato não bastam para caracterizar *hardship* e determinar a renegociação e adaptação dos contratos. É imprescindível que “o evento tenha uma repercussão grave e substancial sobre o equilíbrio contratual inicial para justificar a sua renegociação”<sup>245</sup>.

---

<sup>245</sup> “L'événement doit avoir une répercussion grave et substantielle sur l'équilibre contractuel initial pour en justifier la renégociation” (LASBORDES, Victoire. Ob. cit., p. 523).

Não é a todo momento que uma cláusula de *hardship* pode ser chamada a socorrer as partes; deve haver, como diria Bruno Oppetit, “uma certa intensidade e uma grave razão” para a sua utilização<sup>246</sup>.

Além do mais, existem certas alterações de circunstâncias que fazem parte do risco normal do contrato e que, sendo dessa maneira, devem ser suportadas pelas partes. Não se pode querer eliminar, por meio da *hardship*, o risco normal dos negócios. Existe sempre no comércio e, sobretudo, no comércio internacional algum risco em contratar, e as partes não podem pretender seja este sanado a todo o tempo.

Bem releva Rodhe Knut a existência usual de certo risco nas relações contratuais:

Na maioria das relações contratuais um maior ou menor risco de mudanças em preços e custos é levado em conta no curso normal dos negócios, e o “limite do sacrifício” deve ser colocado claramente fora do campo de risco normal<sup>247</sup>.

A linha divisória entre um risco natural ao contrato e aquele que coloca em perigo seu equilíbrio é muito tênue e deve ser muito bem avaliada.

No cálculo do que se trate de risco natural e do que seja um evento imprevisto, este deve ter tal magnitude que seria supor uma desvantagem muito grande na prestação de uma das partes, se comparada com a contrapartida da outra, pelo que, se admitida como um risco natural, pressuporia uma contratação desfavorável, com um enriquecimento ilícito para um dos participantes, o que em direito não é admissível.

Existem autores, como Irineu Strenger, que encontram uma limitação temporal no uso da cláusula, como, por exemplo, não poder ser solicitada a revisão do contrato antes de certa data, ou mais de uma vez a cada dois anos<sup>248</sup>.

Acreditamos que, para o recurso à cláusula de *hardship*, basta que a prestação de uma das partes tenha se tornado irrisória diante do sacrifício exigido da outra parte. Obrigar as partes a aguardar um lapso de tempo para solicitar a

<sup>246</sup> OPPETIT, Bruno. Ob. cit., p. 802-803.

<sup>247</sup> “In most contractual relationships a greater or lesser risk for changes in prices or costs is taken into account in the normal course of business, and the “limit of sacrifice” must then lie clearly outside the normal risk field” (RODHE, Knut. **Adjustment of contracts on account of changed conditions**. Stockolm: Almqvist & Wiksell, 1959, p. 179).

<sup>248</sup> STRENGER, Irineu. **Contratos internacionais do comércio**. 3. ed. São Paulo: LTr, 1998, p. 248.

revisão pode implicar a ruína de um dos contratantes e seria contrariar a boa-fé, que deve fazer parte dos contratos.

Também não vemos como necessária a impossibilidade da prestação, mas deve haver uma desproporção entre as prestações, um agravamento substancial, no que um homem de prudência e normal diligência consideraria justo, nos possíveis riscos contratuais.

Somente essa grande dificuldade, essa pressuposição de desequilíbrio gravoso, autoriza o emprego da *hardship* para amparar uma das partes, ou em socorro da manutenção da existência dos contratos.

#### **2.4.9 PROCEDIMENTO PARA UTILIZAÇÃO DA CLÁUSULA DE *HARDSHIP***

Em caso de ocorrência de fatos que causem impacto sobre os contratos, alterando-os e desequilibrando as prestações, a revisão dos contratos não se processa de forma imediata e automática: devem as partes seguir certos procedimentos.

Esses procedimentos estão, de maneira usual, consignados nas próprias cláusulas de *hardship*, mas, em não sendo o caso de se encontrar um roteiro explícito, é consenso seguir algumas etapas.

Primeiramente, cabe à parte que sofreu alteração em suas prestações e seus encargos comunicar à outra parte a ocorrência do evento imprevisto, bem assim demonstrar sua incidência maléfica sobre o contrato.

Carlos Splugues conjectura a comunicação necessária contendo detalhes sobre o fato, sua dimensão e soluções possíveis:

La parte que estima que ha ocurrido una situación de estas características debe comunicar a la contraparte, en un plazo de tiempo concreto, la circunstancia alegada, el momento en que se prevé ocurrió, sus consecuencias, así como los mecanismos de solución que se proponen<sup>249</sup>.

A citação acima menciona a notificação em “tempo concreto”, pois é muito importante que o prazo entre a notificação e a ocorrência do fato que

<sup>249</sup> SPLUGES, Carlos; VILAR, S. Barona; MOTA, C. Esplugues; MARTÍ, J. Hernández. *Contratación internacional*. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 140.

produziu o desequilíbrio seja realista e razoável. Não se pode concordar com um prazo longo para a notificação, pois o direito tem como uma de suas máximas não socorrer aos que dormem.

Se a parte que se julga lesada quer ver seus direitos assistidos, deve recorrer a eles tão logo esteja ciente do acontecimento e do seu alcance, sob pena de ver recusada a aplicação da cláusula<sup>250</sup>.

Maurício Almeida Prado fala das conseqüências do retardo ou da falta de comunicação:

As conseqüências do atraso ou da falta de tal comunicação pela parte lesada não estão geralmente regulamentados nas cláusulas de *hardship*. Desde então, pertence ao direito aplicável definir a sanção aplicável, que é geralmente um prolongamento do período durante o qual a parte prejudicada suportara o peso de suas obrigações, vez que não há, *a priori*, nenhum efeito retroativo concernente à aplicação dessa cláusula. Por essa razão, é interesse da parte vítima dos eventos, proceder o mais rapidamente a essa comunicação, porque uma vez ela seja feita, a outra parte está obrigada a negociar a fim de encontrar uma solução para retificar o contrato<sup>251</sup>.

Deve a parte afetada também, ao comunicar o advento do evento danoso, fazer prova do alegado e propor os meios para corrigir a injustiça da situação<sup>252</sup>.

A outra parte, notificada dentro de um prazo razoável, deverá responder à notificação, podendo concordar com a existência de situação de *hardship*, com a necessidade de renegociar, ou discordar da existência e se recusar a negociar.

Na visão de Carlos Splugues, tanto a falta de resposta como a negativa em renegociar podem significar ruptura contratual e suas conseqüências (perdas e danos, etc.)<sup>253</sup>.

<sup>250</sup> DRAETTA, Ugo; LAKE, Ralph. Ob. cit., p. 194.

<sup>251</sup> “Les conséquences du retard ou de l’absence de cette communication par la partie lésée ne sont généralement pas réglementées dans les clauses de *hardship*. Dès lors, il appartient au droit applicable de définir la sanction applicable, qui est généralement un prolongement de la période pendant laquelle la partie lésée subira le poids exceptionnel de ses obligations, vu qu’il n’y a, *a priori*, aucun effet rétroactif concernant l’application de cette clause. Pour cette raison, il est de l’intérêt de la partie victime des événements de procéder le plus rapidement à cette communication puisqu’une fois qu’elle est faite, l’autre partie et tenue de négocier afin de trouver une solution au redressement du contrat”(PRADO, Maurício Almeida. **Le *hardship* dans le droit du commerce international**. Forum Européenn de la Communication.FEC, 2003. p. 142).

<sup>252</sup> DELAUME, Georges R. **Transnational contracts applicable law and settlement of disputes: a study in conflict avoidance**. New York: Oceana, 1997, p. 61.

<sup>253</sup> SPLUGES, Carlos; VILAR, S. Barona; MOTA, C. Esplugues; MARTÍ, J. Hernández. **Contratación internacional**. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 61.

#### 2.4.10 O CONTRATO DURANTE A RENEGOCIAÇÃO

Notificação e resposta cursadas, as partes deverão encontrar-se para debater o ocorrido, seu alcance, e para procurar soluções aptas à salvação de sua relação jurídica.

Se os debates para a negociação dos contratos podem ser longos, a mesma sorte podem encontrar as discussões para a renegociação. Neste tempo, o que ocorre com o contrato?

Salvo disposição ou acordo expresso entre as partes, não há porque romper ou suspender o contrato durante as negociações. O mesmo continuará seu curso, ainda que em desequilíbrio, aguardando a decisão dos contratantes: “solicitação de revisão não suspende em si a performance do contrato”<sup>254</sup>, que continua a “desenvolver seus efeitos no curso desse período [...]”<sup>255</sup>.

Essa não-interrupção do contrato se dá para coibir abusos no recurso à cláusula *hardship*<sup>256</sup>, evitando que as partes lancem mão desse artifício para procrastinar seus deveres.

Caso as partes cheguem à conclusão comum da existência de *hardship* e adaptem o contrato, conforme já mencionamos, essa adaptação será retroativa ao início do desequilíbrio, e o período em que o contrato se manteve vigente de forma desequilibrada será compensado, da forma avençada pelas partes.

#### 2.4.11 RAZÕES PELAS QUAIS AS PARTES OPTAM POR UMA CLÁUSULA DE *HARDSHIP*

Conforme já mencionamos, não existe legislação obrigando as partes a inserir qualquer cláusula em seus contratos. Quando o fazem, é por livre escolha, dentro da autonomia de suas vontades.

Perguntamo-nos o que levaria as partes a fazer uso de uma cláusula de *hardship*, que, de certa forma, faz com que o contrato não esteja totalmente

<sup>254</sup> “The request for revision does not of itself suspend performance of the contract” (KLOTZ, James M.; BARRET JR, John A. *International sales agreement: an annotated drafting and negotiation guide*. Hague: Kluwer law International, 1998, p. 256).

<sup>255</sup> “[...] on doit admettre que le contrat continue a développer ses effets au cours de cette période [...]” (OPPETIT, Bruno. *Ob. cit.*, p. 807).

<sup>256</sup> HAERYNCK, Wouter Den. *Drafting hardship clauses in international contracts: structuring international contracts*. United Kingdom: Kluwer Law International, 1996, p. 239.

acabado no momento de sua conclusão, permitindo que sofra alterações ao longo do percurso.

Sobretudo nos contratos internacionais, de longa duração, em que a cláusula é geralmente encontrada e nos quais supostamente se originou, as negociações, mencionamos repetidamente, são mais longas e custosas, e, portanto, é de se esperar que as partes que decidiram contratar queiram realmente realizar o objeto do contrato.

Sendo assim, é natural que pensem em formas para evitar a ruptura do contrato ao longo do caminho que lhe é traçado.

Bruno Oppetit é da opinião que “as partes estão em geral animadas de uma vontade comum de ter sucesso e de manter o contrato”<sup>257</sup> ao utilizarem a cláusula de *hardship*.

De opinião similar, Mohammed Boughaba:

[...] com efeito, as partes, estipulando tal cláusula, tinham desde o início a intenção de fazer todo o possível para salvaguardar e manter a continuação de suas relações contratuais. Elas não queriam nem suspender, nem rescindir o contrato<sup>258</sup>.

A inserção da cláusula nos contratos demonstra que é desejo das partes ver suas relações adaptadas às novas circunstâncias, e não destruídas por estas.

Conseguimos responder à nossa pergunta concluindo que o que leva as partes à inserção da cláusula de *hardship* nos contratos é a seriedade com a qual contrataram e o firme propósito de cumprir com os objetivos inicialmente visados, não importando o que ocorra no meio do percurso.

#### **2.4.12 DESAPARECIMENTO DA *HARDSHIP***

A inserção da cláusula de *hardship* nos contratos é de escolha das partes; não se trata de imposição de nenhuma sorte, pelo que, no surgimento de

<sup>257</sup> “Les parties sont en général animées d’une volonté commune d’aboutir et de maintenir le contrat” (OPPETIT, Bruno. Ob. cit., p. 807).

<sup>258</sup> “[...] En effet, les parties, en stipulant une telle clause, avaient dès le départ l’intention de faire tout le possible pour sauvegarder et maintenir la continuation de leurs rapports contractuels. Elles ne voulaient ni suspendre, ni résilier le contrat” (BOUGHABA, Mohammed. Ob. cit., p. 290).

circunstâncias adversas que tornem difícil a obrigação para uma das partes, estas têm o dever de renegociar o contrato de boa-fé, esforçando-se para chegar a um bom termo.

Não só a renegociação deve ser levada com base na boa-fé, como também, caso desapareça o evento que ocasionou o desequilíbrio e com ele deixe de existir a iniquidade das prestações, é princípio de boa-fé também que as partes retornem ao inicialmente pactuado, salvo se os efeitos da *hardship* foram permanentes.

É nesse sentido a brilhante manifestação de Bruno Oppetit:

Na eventualidade que a *hardship* venha a diminuir ou a desaparecer, certas cláusulas prevêm que ela deverá ser levada em conta na readaptação do contrato e que, eventualmente, as disposições antigas do contrato reencontrem todo o seu valor<sup>259</sup>.

Esse retorno ao *status quo* dos contratos é tão medida de justiça quanto sua adaptação em caso de desequilíbrio.

#### 2.4.13 CONFUSÃO ENTRE *HARDSHIP* E FORÇA MAIOR

Talvez pela falta de legislação precisa ou pelo fato de ser um instituto recente, verifica-se, na prática, grande confusão entre *hardship* e força maior.

Certos negociadores podem não ter domínio sobre a exata noção de cada uma das cláusulas e, na ânsia de proteger seus direitos, acabam lançando mão de recursos dúbios, pinçando características ora de uma, ora de outra cláusula, e criando um instituto totalmente desvirtuado.

Encontram-se cláusulas em contratos internacionais que descrevem os mecanismos de *hardship*, mas recebem a denominação de força maior ou, ainda, existem aquelas que descrevem todos os casos provocadores de força maior, prevendo renegociação e adaptação contratuais, que são típicas das cláusulas de

<sup>259</sup> “Dans l'éventualité où le 'hardship' viendrait à diminuer ou à disparaître, certaines clauses prévoient qu'il devra en être tenu compte dans la réadaptation du contrat et qu'éventuellement les anciennes dispositions du contrat retrouveraient toute leur valeur” (OPPETIT, Bruno. Ob. cit., p. 810).

*hardship*, porque às cláusulas de força maior cabe somente prever o término dos contratos ou sua suspensão temporária.

Os institutos são muito próximos e sua linha divisória é muito sutil, mas não são idênticos.

A força maior torna, normalmente, por períodos determinados ou permanentemente, impossível a execução do contrato, enquanto a *hardship* determina maior onerosidade em uma das prestações. São institutos apartados.

Ole Lando apresenta essa separação entre os institutos:

A regra de *hardship* difere da regra de força maior nos seguintes aspectos:

- a) a performance não precisa ser impossível mas somente excessivamente onerosa [...];
- b) o contrato não é terminado mas pode ser modificado pelas partes renegociando o contrato<sup>260</sup>.

Com o texto de Ole Lando apreciamos a maior flexibilidade que possui a cláusula de *hardship*, comparada com a cláusula de força maior.

São essencialmente diferentes as duas cláusulas, mas não são excludentes ou divergentes; são complementares<sup>261</sup>.

Ainda opina David Yates ser a cláusula de *hardship* variação da força maior<sup>262</sup>.

Em nossa opinião, não se trata da mesma cláusula ou de sua variação, mas, sim, de institutos diversos com pontos convergentes, cuja função não se assemelha, salvo em caso de confusão de legisladores ou de negociadores.

#### 2.4.14 PROXIMIDADE COM A TEORIA DA IMPREVISÃO

<sup>260</sup> “The hardship rule differs from the force majeure rule in the following aspects: a) Performance need not be impossible but ‘only’ excessively onerous. b) The contract is not ended but may be modified by the parties renegotiating the contract” (LANDO, Ole. **Performance and remedies in the law of contracts**: toward a European Civil Code. Londres: Kluewer Academic Publishers, 1994, p. 211).

<sup>261</sup> KAHN, Philippe. “Lex mercatoria” et contrats internationaux: le contrat économique international: Stabilité et évolution. In: JOURNÉES JURIDIQUES, 7., Jean Dabin organisées à Louvain-la-Neuve, les 22-23 novembre 1973. **Annales...** publiés sur les auspices du Centre Charles de Visscher pour le Droit international. Paris: Pedone, 1975, p. 203; GARCEZ, José Maria Rossani. Ob. cit., p. 122.

<sup>262</sup> YATES, David. Drafting force majeure and related clauses. **Journal of Contract Law**, Adelaide: Butterworths, v. 3, n. 3, Jan. 1991, p. 188.

A cláusula de *hardship* aproxima-se muito mais da cláusula de imprevisão do que da de força maior, visto que ambas requerem eventos imprevisíveis que abalem o equilíbrio contratual para a sua atuação, e propõem uma redefinição dos termos do contrato, em caso de alteração do meio econômico da operação<sup>263</sup>.

A obrigação-fim da cláusula de *hardship* é a renegociação. Ainda que não tenha êxito, a finalidade da imprevisão é promover a adaptação dos contratos, sem obrigação para as partes de renegociar. Pode-se dizer que a cláusula da *hardship* é mais flexível do que a de imprevisão.

A teoria da imprevisão determina o fim dos contratos no caso da impossibilidade de se chegar a um acordo, e a cláusula *hardship* mantém o contrato em vigor, ainda que as negociações não sejam profícuas, salvo resolução contrária das partes.

Outra grande diferença entre as duas é que, normalmente, a teoria da imprevisão é utilizada no campo judicial ou arbitral, enquanto a cláusula de *hardship* é aplicada, inicialmente, entre as partes de forma direta.

Podemos alegar que a cláusula de *hardship* é mais branda que a de imprevisão e mais eficaz, na medida em que não depende de legislação ou de jurisprudência para encontrar seu valor; decorre da vontade das partes.

Acreditamos que a imprevisão se trata de gênero do qual *hardship* é espécie.

#### **2.4.15 AUSÊNCIA DA CLÁUSULA DE *HARDSHIP***

Caso as partes decidam não fazer uso de uma cláusula de *hardship*, não a aplicando a seu contrato, pergunta-se: como procederiam em caso de abalo da economia contratual, criando disparidade de prestações, pelo advento de fatos imprevisíveis?

Opinamos que as partes podem renegociar a qualquer momento seus pactos, mas se torna mais complexo obrigá-las a renegociar no caso de inexistência de determinação a fazê-lo, ausente a cláusula de *hardship*.

---

<sup>263</sup> HEUZÉ, Vicent. *Traité des contrats: la vente internationale de marchandises*. Paris: L.G.D.J., 2000. p. 422.

Jorge Mosset Iturraspe divisa no acordo de vontades a possibilidade de renegociar, contudo recomenda a adoção de compromissos nesse sentido:

Es obvio que en los negocios de larga duración existe siempre la posibilidad de volver a negociar sus términos, a fin de adaptarlo a las nuevas circunstancias surgidas, mediante un razonable acuerdo de voluntades, a *posteriori* de los hechos. Se trata, empero, de incorporar, *a priori*, el compromiso de readaptación; hacerlo antes del acaecimiento de los hechos que alteran la conmutatividad de la convención, ellos mismos, los celebrantes, o bien un tercero designado por ellos, o bien el juez, tienen ahora esa posibilidad de superar la vicisitud desquiciante y mantener el espíritu de colaboración, asociativo, que los condujo a entrar en una relación jurídica por muchos años<sup>264</sup>.

Tem razão de ser o conselho de Jorge Mosset Iturraspe, porquanto será mais penoso, na ausência de consenso, obter a renegociação e a adaptação dos contratos ou expressa disposição contratual ou legal para tanto.

Harld Ullman recorda que:

“faltando uma cláusula hardship, as partes não são obrigadas a modificar seu contrato ou ainda a realizar negociações para revisar o contrato. Além disso, as cortes são reticentes em proceder à modificação que não foi acordada pelas partes ao tempo da elaboração do contrato”<sup>265</sup>.

Não concordamos que a ausência de uma cláusula de *hardship* impeça as partes de negociar ou as cortes de proceder à adaptação dos contratos, se assim solicitado pelas partes, mas concordamos que o fato de que sua presença em forma de cláusula redigida em um contrato facilita em muito esses procedimentos, tornando-os pacíficos, o que não ocorre na falta dela.

Mediante a adoção da cláusula ficarão as partes contratantes acauteladas contra fatos inéditos, abstraídos de sua vontade. Poderão, recorrendo à cláusula, preservar seus contratos, obtendo sua adaptação direta, com a renegociação, ou indireta, na arbitragem ou corte estatal, por ficar demonstrado seu desejo de conservar a relação contratual.

<sup>264</sup> ITURRASPE, Jorge Mosset. Ob. cit., p. 29.

<sup>265</sup> “[...] absent a hardship clause, parties are not required to modify their contract or even to engage in negotiations to revise the contract. Furthermore, courts are reticent to engage in modification that was not agreed upon by the parties at the time of contracting” (ULLMAN, Harold. Ob. cit., p. 83).

## 2.5 FRUSTRAÇÃO OU *FRUSTRATION*

### 2.5.1 INTRODUÇÃO

A teoria da *frustration* surgiu na Inglaterra com um caso que se tornou famoso, conhecido como *Krell versus Henry*.

Em 1902, na Inglaterra, o rei Edward II sucedeu à Rainha Vitória, e a coroação era aguardada pelos ingleses havia mais de 60 anos. Henry viu um anúncio de aluguel de janelas para ver as procissões de coroação, em um local pertencente a Krell. Ele ajustou com a governanta de Krell o aluguel de uma suíte durante os dias 26 e 27 de junho, por uma determinada soma, da qual uma parte foi paga adiantado. Em 22 de junho, a “House of Commons” informou que o rei precisara ser submetido a uma operação para retirada do apêndice e a coroação estaria indefinidamente adiada. Henry recusou-se a pagar o restante da soma, e Krell o processou, no que se tornou o caso mais notório da coroação. A Corte de Apelações foi favorável a Henry, sustentando que seu dever de pagar foi descartado porque a procissão de coroação era a base do seu contrato, e o objeto do contrato foi frustrado pelo não-acontecimento da coroação e sua procissão nos dias proclamados<sup>266</sup>.

Com essa decisão inédita foi criada a teoria da frustração – *frustration* –, que significa literalmente a frustração dos objetivos que as partes tinham em mente ao contratar, ou seja, a finalidade do contrato não pôde mais ser alcançada, não tendo ele mais serventia para uma das partes.

Não há necessidade da impossibilidade da prestação ou da imprevisibilidade. Há apenas a necessidade da frustração de se alcançar o fim colimado pelas partes para que se busque recurso na teoria da frustração. Como no caso *Krell versus Henry*, a prestação podia ser realizada a qualquer momento, pois o quarto e as janelas não desapareceram, o que desapareceu foi o fim para qual o quarto e as janelas haviam sido contratados.

---

<sup>266</sup> FARNSWORTH, E. Allan. *United States Contract Law*. New York: Juris Publishing, 1999, p. 164-165.

A frustração de propósito é uma expressão utilizada para se referir a casos em que não há impossibilidade, sequer de natureza temporária, para a realização da prestação prometida pelas partes, mas o propósito do contrato não pode mais ser alcançado<sup>267</sup>.

## 2.5.2 REQUISITOS

Existem alguns requisitos sem os quais as partes não podem lançar mão da teoria da frustração para resolver seus negócios. São eles:

- a) um contrato sinalagmático;
- b) um contrato validamente celebrado;
- c) a existência de um lapso de tempo entre sua conclusão e sua execução;
- d) que pela frustração não sejam afetados os elementos essenciais do contrato, como consentimento, causa, objeto, mas sejam alcançados os fins do contrato;
- e) ter havido uma suposição básica, sobre a qual o contrato foi pactuado, de que a frustração não ocorreria;
- f) advenha de uma situação diferente, superveniente, que origina um impedimento grave à obtenção da finalidade do contrato;
- g) frustração substancial do contrato;
- h) a frustração seja permanente – se for temporária, não se aplica a teoria;
- i) não ter havido concorrência das partes para a frustração;
- j) que a parte não tenha assumido uma obrigação maior do que as impostas em lei<sup>268</sup>.

Entre os requisitos fundamentais para a utilização da teoria da frustração, não se verifica a necessidade de que os fatos determinantes da frustração tenham

<sup>267</sup> TREITEL, G.H. **Frustration and force majeure**. London: Sweet & Maxwell, 1994, p. 2-047.

<sup>268</sup> ITURRASPE, Jorge Mosset; FALCÓN, Enrique M.; PIEDECASAS, Miguel A. **La frustración del contrato y la pesificación**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2002, p. 66; ALTERINI, 1999, p. 457; FARNSWORTH, E. Allan. Ob. cit., p. 167.

sido imprevisíveis. A frustração não requer a imprevisibilidade dos eventos, contudo um contrato não é frustrado quando o evento era efetivamente previsto ou sua ocorrência era altamente provável<sup>269</sup>.

Assim, há que haver um elemento novo, uma alteração nas circunstâncias que esteja fora do risco normal do contrato, para permitir a frustração, ainda que não sejam imprevisíveis.

### 2.5.3 ADMISSÃO DA TEORIA

O efeito normal produzido pela teoria da frustração é o término dos contratos.

O princípio sobre o qual repousa o direito inglês é no cumprimento das obrigações<sup>270</sup>, e, ainda que a doutrina tenha surgido na Inglaterra, suas cortes são resistentes à sua aplicação.

São raros os casos em que a corte inglesa tem utilizado a frustração para o término dos contratos. A necessidade de provar que houve realmente a frustração do propósito é suprema, e a teoria gera controvérsias, pois, muitas vezes, apresenta um caráter absolutamente subjetivo.

No caso clássico citado de *Krell versus Henry*, existem doutrinadores que não admitem a frustração de propósito, alegando que ver a coroação talvez não fosse o real intento de Henry, mas, sim, alugar as janelas para, talvez, especular vendendo-as pelo preço certo a quem tivesse interesse no desfile, que eram muitos, sendo o objeto do contrato, então, a especulação, e não o desfile, pelo que adiar o desfile não frustraria o fim contratual, ao admitir que toda especulação tem certo risco<sup>271</sup>.

### 2.5.4 EFEITO DA FRUSTRAÇÃO

---

<sup>269</sup> FRICK, Joachim G. *Arbitration and complex international contracts*. Haia: Kluwer Law International, 2001., p. 215.

<sup>270</sup> ITURRASPE, Jorge Mosset; FALCÓN, Enrique M.; PIEDECASAS, Miguel A. *La frustración del contrato y la pesificación*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2002, p. 189.

<sup>271</sup> CHIRELSTEIN, Marvin A. *Concepts and case analysis in the law of contracts*. New York: Foundation Press, 1990, p. 133.

No direito inglês, quando há a frustração de um contrato, “um juiz não pode reformar ou ajustá-lo à nova situação. Frustração simplesmente anula o contrato e o argüido ficará isento do pagamento”<sup>272</sup>.

Para alguns autores, o efeito da frustração é o fim automático do contrato, conforme vemos nas opiniões de Joachim Frick “o efeito geral da frustração é o término automático do contrato no tempo do evento frustrante”<sup>273</sup>, e de Atilio Anibal Alterini:

El contrato se extingue en los casos en los cuales aunque la prestación siga siendo posible, se produce la frustración del fin por causas ajenas a las partes, esto es, cuando se torna imposible obtener su finalidad propia<sup>274</sup>.

Outros autores, mais incisivos, como Dennis-M. Philippe, dispensam, inclusive, a apreciação do juiz:

[...] somente a presença da frustração leva à dissolução automática e imediata do contrato. Não somente a intervenção do juiz não é requerida, mas este não poderia modificar o contrato; ele deve se limitar a constatar que a frustração produziu seus efeitos<sup>275</sup>.

Ainda que diante de tão contundente opinião, julgamos que se faz necessária a intervenção do juiz para apreciação da frustração.

Conhecidos os requisitos de sua ocorrência e provada a frustração, cabe às cortes autorizar o fim do contrato.

No direito americano, conforme veremos no próximo item, a interpretação da frustração é mais branda, abrindo outras possibilidades, além do término imediato do contrato, razão pela qual estudamos esse instituto.

<sup>272</sup> “[...] a judge cannot amend or adjust it to the new situation. Frustration simply discharges the contract and the defendant will be excused from paying” (PUELINCKX, A. H. Frustration, hardship, force majeure, imprévision, wegfall der geschäftsgrundlage, unmöglichkeit, changed circumstances. **Journal of International Arbitration**, Genebra: The Publisher, v. 3, n. 2, jun. 1996, p. 51).

<sup>273</sup> “The general effect of frustration is automatic termination of a contract at the time of the frustrating event [...]” (FRICK, Joachim G. Ob. cit., p. 216).

<sup>274</sup> ALTERINI, Atilio Anibal. Ob. cit., p. 456.

<sup>275</sup> “La seule présence de la *frustration* entraîne la dissolution automatique et immédiate du contrat. Non seulement l’intervention du juge n’est pas requise, mais celui-ci ne pourrait modifier le contrat; il doit se limiter à constater que la *frustration* a sorti ses effets” (PHILIPPE, Dennis-M. **Changement de circonstances et bouleversement de l’économie contactuelle**. Bruxelles: Bruylant, 1986, p. 598).

## 2.5.6 FRUSTRATION NO DIREITO AMERICANO

As cortes americanas aceitam, geralmente, a doutrina da frustração de propósito<sup>276</sup>, contudo o direito norte-americano é mais preciso que o direito inglês e encontra diferenças na teoria entre a frustração do propósito (*frustration of purpose*) e a frustração da performance ou impossibilidade (*frustration of performance* ou *impossibility*).

A frustração da performance ou impossibilidade ocorre quando, por alguma razão, alheia ou não à vontade das partes, não é possível para uma delas realizar suas obrigações contratuais. A impossibilidade seria o objeto da força maior, já estudada neste capítulo.

Em caso de impossibilidade ou frustração de performance sem concorrência da parte, disponibiliza-se para as partes a possibilidade de adaptação do contrato, e não somente seu término.

A impossibilidade de performance ou frustração no direito americano não cessa necessariamente o contrato; é antes de tudo uma causa de escusa ou de defesa para a parte faltante<sup>277</sup>.

Assim, a impossibilidade no direito norte-americano é uma forma de abrandar a rigidez da santidade dos contratos, pois, conforme lembram Jorge M. Iturraspe, Enrique Falcón e Miguel Piedecabras, não há imutabilidade absoluta nos pactos para o direito americano:

[...] la inmutabilidad o santidad del contrato para el Derecho de los Estados Unidos de Norteamérica no es absoluta, sino que reconoce excepciones – vías de escape a la santidad del contrato<sup>278</sup>.

<sup>276</sup> FARNSWORTH, Allan E. Ob. cit., p. 166.

<sup>277</sup> DELAUME, Georges. Ob. cit., p. 51.

<sup>278</sup> ITURRASPE, Jorge Mosset; FALCÓN, Enrique M.; PIEDECASAS, Miguel A. Ob. cit., p. 193.

Para impossibilidades temporárias, conforme bem ressalta Treitel, nos Estados Unidos, o dever de performance pode ser suspenso, voltando a valer no caso do término da impossibilidade<sup>279</sup>.

A frustração de propósito nos Estados Unidos é muito mais rara que a impossibilidade ou frustração da performance<sup>280</sup>, e são doutrinas diferentes, ainda que eticamente relacionadas.

Apesar de ser considerada uma doutrina diferenciada da frustração de propósito, a impossibilidade estaria diretamente ligada à frustração, sendo um critério mais econômico aquela do que esta.

Alguns autores vêem na impossibilidade a origem da força maior ou até mesmo um sinônimo desta<sup>281</sup>, enquanto a frustração de propósito seria um critério totalmente diferente.

Opinamos pela proximidade da frustração de performance ou impossibilidade com os institutos da imprevisão e a cláusula de *hardship*, em virtude da possibilidade de adaptação contratual, tema desses institutos, e não da força maior.

### 2.5.7 FRUSTRATION NO DIREITO ARGENTINO

É notória a influência inglesa na colonização argentina, e graças a essa influência os tribunais e as leis deste país seguem, bastante de perto, tendências inglesas.

Diante dessa realidade, a doutrina da frustração, ou *frustración*, é bem aceita na Argentina, mas tem repercussões de maior alcance que a teoria original.

Jorge Mosset Iturraspe, Enrique Falcón e Miguel Piedecabras resumem como se dá a frustração no direito argentino:

La frustración:

- no acaece en cualquier contrato; es una vicisitud propia de un contrato validamente celebrado;

<sup>279</sup> TREITEL, G. H. **Frustration and force majeure**. London: Sweet & Maxwell, 1994. p. 15-31.

<sup>280</sup> SHEPHERD, Harold, **Contracts and contract remedies: cases and materials**. 3. ed. Brooklyn: Foundation Press, 1952, p. 806.

<sup>281</sup> “The concept of force majeure stems directly from, or is synonymous with, the doctrine of impossibility of performance” (YOUNG, Nancy. **Impossibility of performance and force majeure in foreign trade contracts**. Thesis. Parker School, 1979, p. 6-7).

- es ajena al momento estático y propia del dinámico;
- es extraña a los contratos de cumplimiento instantáneo;
- no afecta a los elementos “esenciales”, entendidos en su sentido tradicional: consentimiento, objeto y causa; alcanza los fines del contrato, sean los subjetivos o motivos determinantes, sean los objetivos o propósitos económico-jurídicos perseguidos;
- deviene, sin lugar a dudas, de la alteración de las circunstancias tenidas en vista al contratar;
- deviene una situación diferente, un estado de cosas que no fue anticipado por los celebrantes, producido por alguna razón externa y ajena a la voluntad de las partes;
- la situación sobreviviente origina un impedimento grave para el cumplimiento por una de las partes, un rigor injusto, que se traduce en una excesiva onerosidad;
- se desnaturalizan las obligaciones de las partes; desaparece el sentido funcional del contrato; se violenta su economía; se quiebra el equilibrio de los valores comprometidos;
- esa alteración grave e impensada hace necesario y conveniente el reajuste, la readaptación del contrato<sup>282</sup>.

Fundamentalmente, a diferença mais importante que existe entre a teoria da *frustration* e a da *frustración* está no fato de que a primeira admite somente o encerramento do contrato diante de sua incidência sobre este, e a segunda, mais ampla, destina-se à adaptação e ao reajuste contratual, salvando, assim, os pactos e garantindo-lhes a existência.

A teoria da *frustración* na Argentina aproxima-se mais da teoria da *frustration of performance* do direito americano do que a teoria originária inglesa, a *frustration*.

## 2.6 ALGUMAS CLÁUSULAS DE ADAPTAÇÃO AUTOMÁTICA

### 2.6.1 INTRODUÇÃO

Nos contratos internacionais, ao lado das cláusulas tradicionais que possibilitam às partes a renegociação e a adaptação dos termos, podem ser encontradas outras, prevendo a adaptação de forma automática, sem qualquer necessidade de interferência das partes para a sua ocorrência.

---

<sup>282</sup> ITURRASPE, Jorge Mosset; FALCÓN, Enrique M.; PIEDECASAS, Miguel A. Ob. cit., p. 66.

Essas cláusulas permitem a transformação do contrato sem o menor risco para a solidez da operação, pois as partes não podem questionar a adaptação que elas mesmas aceitaram na assinatura do contrato<sup>283</sup>.

Divergem na denominação e na função, segundo a legislação e o país que as adota, mas, de um modo geral, contêm dispositivos prevendo alterações contratuais diante do surgimento de determinadas circunstâncias durante a execução do contrato.

Os eventos são descritos e claros, o método de adaptação é bem delineado, e a modificação do contrato se faz sem interrupções ou necessidade de provocação das partes, bastando o surgimento do evento descrito.

Algumas dessas cláusulas têm o condão de resguardar o contrato contra as mudanças externas, dispondo que certas alterações conjunturais não terão influência sobre o pactuado.

Em geral, são cláusulas que preservam apenas os valores contratuais, não atuando sobre os demais problemas que possam surgir. São, como afirma Joachim Frick, limitadas em seu alcance:

Cláusulas de adaptação automática se referem a um padrão objetivo, como o índice de custo para uma certa matéria-prima, preço da mão-de-obra, a relação entre certas moedas, etc.<sup>284</sup>.

Não são todos os problemas de desequilíbrio contratual que podem ser resolvidos pelas fórmulas automáticas de adaptação<sup>285</sup>, havendo necessidade das demais cláusulas, que permitem às partes certa liberdade de atuação, já estudadas anteriormente, como *hardship*, imprevisão e força maior.

Analisamos a seguir algumas das cláusulas de adaptação automática usualmente encontradas em contratos internacionais de longo prazo.

<sup>283</sup> FABRE, Regis. Ob. cit., p. 15-16.

<sup>284</sup> “Automatic adaptation clauses refer to an objective standard such as the cost index for a certain commodity, the price of labour, the relation between certain currencies, etc.” (FRICK, Joachim G. Ob. cit., p. 172).

<sup>285</sup> GRANZIERA, Maria Luiza Machado. Ob. cit., p. 91

## 2.6.2 CLÁUSULA DE ESCALA MÓVEL, REAJUSTE DE PREÇOS OU INDEXAÇÃO

### *Price scalation clauses*<sup>286</sup>

A cláusula de escala móvel, reajuste de preços ou indexação, comum em contratos de longo prazo, em que as partes têm intenções de tirar dos pactos o máximo de proveito recíproco, determina a alteração dos preços contratuais de acordo com variações de índices de mercado, de forma automática.

O Tribunal de Montpellier, no Acórdão de 22 de dezembro de 1959, definiu o que é a indexação:

É o fato de associar, com previsão da variação dos preços, a soma referida no contrato a índices, isto é, valores escolhidos com base na variação dos preços dos produtos ou serviços contidos na cláusula de indexação<sup>287</sup>.

Ugo Draetta e Ralph Lake também trazem boa descrição da cláusula:

[...] elas prevêem geralmente uma revisão automática do preço fundada sobre a variação de alguns parâmetros ou índices convencionais. Certas disposições contratuais desse tipo são muito complexas porque se referem a índices muito diferentes e lhes atribuem uma importância diferente segundo o caso. As cláusulas de revisão de preço são, bem entendido, incompatíveis com contratos prevendo um preço fixo [...]<sup>288</sup>.

Convém assinalar que os contratos com essa espécie de cláusula não contêm, conforme bem ressalvado por Ugo Draetta e Ralph Lake, um preço certo, fixo, imutável, mas, sim, uma cláusula prevendo que o preço praticado estará sempre de acordo com o meio onde for aplicado, podendo haver variações de aumento e diminuição de preços.

São cláusulas bastante usadas em contratos da indústria petrolífera e outros que versam sobre recursos naturais. Segundo Willian F. Fox Jr.

<sup>286</sup> Cláusula de escala de preços.

<sup>287</sup> GARCIA JÚNIOR, Armando Alvares. **Contratos dolarizados no direito brasileiro**. São Paulo: LTr, 2000, p. 37.

<sup>288</sup> “Elles prévoient généralement une révision automatique du prix fondée sur la variation de quelques parametres ou indices conventionnels. Certaines dispositions contractuelles de ce type sont tres complexes car elles se réfèrent à des indices tres divers et leur attribuent une importance différente selon les cas. Les clauses de révision de prix sont bien entendu incompatibles avec des contrats prévoyant un prix forfaitaire” (DRAETTA, Ugo; LAKE, Ralph. **Contrats internationaux: pathologie et remèdes**. Bruxelles: Bruylant, 1996, p. 172-173).

[...] estas cláusulas lidam com a incerteza dos preços e permitem ao vendedor manter suas margens de lucro ainda que os custos comecem a subir. Como se pode esperar, não há virtualmente contratos de preço fixo, por exemplo, na indústria internacional do petróleo. Quase todos os contratos de recursos naturais prevêem alguma cláusula de aumento automático de preços (em alguns casos, redução de preços) baseada nos preços provenientes da fonte<sup>289</sup>.

Os índices de mercado que serão responsáveis pelo reajuste dos preços variam, podendo estar relacionados com o preço da mão-de-obra, relações de câmbio, índice de custo de certos bens, matérias-primas ou mercadorias, índice inflacionário, perda de poder aquisitivo da moeda<sup>290</sup>, entre outros, devendo, contudo, estar claramente delimitados no contrato, vez que atuarão de forma automática, sem qualquer intervenção.

De acordo com Victoire Lasbordes, a cláusula de escala móvel ou de indexação apresenta sua maior utilidade em períodos de instabilidade monetária, quando o preço varia do momento de contratar ao momento de pagar:

Quando, na seqüência de crises econômicas e financeiras, o valor da moeda se deprecia, resulta disso um grave desequilíbrio para o credor de uma soma em dinheiro. O princípio do nominalismo monetário autoriza o devedor a não pagar nem reembolsar além do valor nominal da dívida. A Cláusula de Adaptação permite prevenir o risco de desequilíbrio no valor resultante da depreciação monetária no curso da execução de um contrato a título oneroso, cujo preço é pagável a termo ou de modo escalonado.

A cláusula de indexação prevê, com efeito, que o reembolso ou pagamento do preço acompanhará as variações, na alta ou na baixa, de um índice de referência escolhido pelas partes no dia da conclusão do contrato<sup>291</sup>.

<sup>289</sup> "These clauses cope with price uncertainty and permit the seller to maintain his profit margins even if costs begin to escalate. As one might expect, there are virtually no fixed price contracts in, for example, the international petroleum industry. Almost all natural resource contracts provide for some type of automatic price escalation (or in certain cases, price reduction) based on the prices set at the source" (FOX JR, William F. **International commercial agreement: A primer on drafting, negotiating and resolving disputes**. 3. ed. Haia: Kluwer Law International, 1998, p. 223).

<sup>290</sup> RAMBERG, Jan. **International commercial transactions**. Cambridge: Kluwer Law International, 1997, p. 44; ITURRASPE, Jorge Mosset; FALCÓN, Enrique M.; PIEDECASAS, Miguel A. Ob. cit., p. 113; DRAETTA, Ugo; LAKE, Ralph. Ob. cit., p. 172.

<sup>291</sup> "Lorsque par suite de crises économiques et financières la valeur de la monnaie se déprécie, il en résulte un déséquilibre grave au détriment du créancier d'une somme d'argent. Le principe du nominalisme monétaire autorise le débiteur à ne payer ou à ne rembourser que la valeur nominale de la dette. La clause d'adaptation permet de prévenir le risque de déséquilibre en valeur résultant de la dépréciation monétaire au cours de l'exécution d'un contrat à titre onéreux dont le prix est

Existem em alguns contratos fórmulas para possibilitar o reajuste. Vejamos um exemplo apresentado por Atilio Anibal Alterini:

La denominada *indexación* (del latín *index*, índice) de la deuda, resulta de un método de cálculo consistente en dividir un "índice presente" por un "índice original", lo cual arroja un "multiplicador de actualización", realizándose luego esta operación: "multiplicador de actualización por monto originario del crédito = monto actualizado del crédito" (Cám. Nac. Com., Sala D, L.L. 1977-B-151). Las partes establecen qué índice será tomado en cuenta (índice de *escala* móvil, que resulta de estadísticas, y que refleja los precios de determinados productos, o los de una canasta general de ellos, que puede ser *mononómico*, cuando se refiere al precio de un solo bien [por ejemplo, el oro], o a un solo índice; o *polinómico*, cuando prevé la ponderación de varios productos o índices con cierta incidencia relativa [por ejemplo, si se estipula que el índice de precios al consumidor incide en el sesenta por ciento (60%), y el índice de precios mayoristas nacionales en el cuarenta por ciento (40%); así como a partir de qué porcentaje de variación el precio será ajustado<sup>292</sup>.

Cabe aqui lembrar que essa espécie de cláusula somente oferece a possibilidade de correção das obrigações monetárias, não permitindo a revisão de qualquer outra obrigação, além do que operam somente sob circunstâncias e variações previstas pelas partes<sup>293</sup>.

### 2.6.3 CLÁUSULA DO CLIENTE MAIS FAVORECIDO

#### **"Most-favored-client clause"**

A cláusula do cliente mais favorecido é encontrada de forma mais freqüente nos sistemas de *common law*, ou em contratos que tenham algum elo com o sistema. É encontrada também no sistema de direito civil, contudo mais raramente.

São cláusulas pactuadas para garantir que certos privilégios que possam ser concedidos a outros clientes em contratos de mesma natureza sejam

---

payable à terme ou de façon échelonnée.

La clause d'indexation prévoit, en effet, que le remboursement ou le paiement du prix suivra les variations, à la hausse ou à la baisse, d'un indice de référence choisi par les parties au jour de la conclusion du contrat" (LASBORDES, Victoire. Ob. cit., p. 489).

<sup>292</sup> ALTERINI, Atilio Anibal. **Contratos: civiles – comerciales – de consumo: Teoría General**. Buenos Aires: Abeledo-Perrott, 1999, p. 443-444.

<sup>293</sup> DRAETTA, Ugo; LAKE, Ralph; NANDA, Ved P. Ob. cit., cap. 6, item 6.2, "b", § 1º.

estendidos ao contratante, cujo contrato contém a cláusula, propiciando-lhe o mesmo tratamento que um contrato subsequente negociado com outra parte, ainda que a primeira parte não tenha absolutamente nada a ver com o último acordo<sup>294</sup>.

Dessa forma, após a negociação de um contrato, se durante a sua execução um dos contratantes vier a pactuar um termo similar, mas em condições mais vantajosas para o “novo cliente”, essas vantagens serão incorporadas ao “cliente” anterior.

Atilio Aníbal Alterini entrevê na cláusula uma salvaguarda para os contratantes:

La cláusula de *cliente más favorecido* constituye otra salvaguarda, mediante la cual una de las partes, o todas ellas, establecen que el contrato quedará sujeto a las mejores condiciones con las que se beneficie el cliente más favorecido de la otra.

De tal modo, si las circunstancias de plaza se modifican, y como resultado de ello es preciso otorgar ciertas prerrogativas a los clientes que no eran habituales al tiempo del contrato, éste se adecua a las nuevas circunstancias<sup>295</sup>.

A cláusula opera permitindo a adaptação do contrato às condições mais favoráveis ofertadas a um concorrente ou a um outro cliente<sup>296</sup>.

O contratante que pactuou o novo termo deverá oferecer as mesmas condições ao contratante anterior, e este poderá aceitar as novas condições, e o contrato será a elas adaptado, ou poderá rescindir seu contrato de pleno direito<sup>297</sup>.

Uma variação dessa cláusula, de acordo com Ugo Draetta, Ralph Lake e Ved Nanda, são as cláusulas denominadas *second look* (segunda revisão) e *competing offer* (oferta competitiva):

Por tal provisão, a uma parte contratante é dado o direito de notificar a outra parte de termos e condições mais favoráveis que outra pessoa ofereceu à parte notificante com respeito à mesma transação. A parte notificada pode, então, conceder à parte notificante as condições e termos mais favoráveis, ou

<sup>294</sup> FOX JR, Willian F. **International commercial agreement: A primer on drafting, negotiating and resolving disputes**. 3. ed. Haia: Kluwer Law International, 1998, p. 215.

<sup>295</sup> ALTERINI, Atilio Anibal. Ob. cit., p. 444/445.

<sup>296</sup> JARROSSON, Charles. **La notion d'arbitrage**. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1987, p. 338.

<sup>297</sup> DRAETTA, Ugo; LAKE, Ralph. Ob. cit., p. 176.

terminar o contrato original; para que a parte notificante possa fechar a transação com a terceira pessoa<sup>298</sup>.

A automaticidade dessas cláusulas reside na obrigação do contratante, que pactuou o novo contrato, de ofertar iguais condições ao outro contratante, cujo contrato está protegido pela cláusula de cliente mais favorecido, sem que este precise interpelá-lo para tanto.

## 2.6.4 CLÁUSULAS DE IMPOSTOS E DE ESTABILIZAÇÃO

### *“Tax clauses and stabilization clauses”*

#### 2.6.4.1 Cláusulas de impostos - *Tax Clauses*

A alteração das legislações sobre impostos independe da vontade das partes, e estas, em sua ocorrência, pouco podem fazer para evitar seus efeitos sobre o contrato.

A inserção de uma cláusula de impostos fará com que, no advento de um novo imposto ou na mudança da política fiscal, as partes possuam, de antemão, a previsão contratual de como os contratantes irão se portar diante dos novos custos que porventura incidirão em suas obrigações e que podem ser fundamentalmente diferentes daqueles que as partes esperavam, tornando o encargo dos impostos muito mais oneroso do que o originariamente previsto<sup>299</sup>.

Essas cláusulas podem prever a divisão dos encargos, a aceitação por uma das partes e seus efeitos sobre o preço do contrato, ou, até mesmo, a rescisão do contrato se o ônus for muito superior ao esperado.

---

<sup>298</sup> “By such a provision, a contracting party is given the right to notify the other party of more favorable terms and conditions that another person has offered the notifying party with respect to the same transaction. The notified party then may grant the notifying party the more favorable terms and conditions, or terminate the original contract so that the notifying party can close the transaction with the third person” (DRAETTA, Ugo; LAKE, Ralph; NANDA, Ved P. Ob. cit., cap. 6, item 6.2, “b”, § 3º).

<sup>299</sup> SYQIA, Enrique P. **The revision and adaptation fo contracts in Philippine law-with a comparative look at the law of other asian countries.** Adaptation and renegotiation of contracts in international trade and finance. Deventer: Kluwer Law and Taxation, publishers, 1985, p. 163.

### 2.6.4.2 Cláusulas de estabilização - *Stabilization Clauses*

Governos podem efetuar mudanças legislativas e regulamentares a qualquer momento, sem qualquer controle das partes que estão envolvidas em contratos atingidos por essas alterações.

Para se precaver contra esse tipo de intempérie, as partes elegem cláusulas denominadas “de estabilização” e as inserem em seus contratos.

Esse tipo de cláusula é encontrada em contratos em que uma das partes é o governo de um determinado país, como os contratos da indústria petrolífera, feitos entre empresas e governos árabes, com poder de modificação legislativa fora do alcance impeditivo das partes, mas capaz de produzir alterações destrutivas em seus contratos<sup>300</sup>.

Pactuados com os governos que detêm o Poder Legislativo, os contratos com cláusula de estabilização ficam mais protegidos, vez que um dos contratantes, o governo, “se compromete a não modificar sua legislação, regras ou política de uma forma que afeta negativamente os direitos contratuais ou benefícios comerciais conexos do investidor privado ou contratado”<sup>301</sup>, ou seja, essas cláusulas têm por escopo a estabilização da relação contratual mediante a limitação do Poder Legislativo do Estado, restringindo-o, evitando que modifique o contrato<sup>302</sup>.

### 2.6.5 ABUSO DE DIREITO OU ENORME LESÃO

#### *“Laesio enormis”*

Mais raramente encontradas são as cláusulas de adaptação contratual por “abuso de direito”. A parca utilização desse tipo de cláusula deve-se ao fato de elas se fundarem sobre alicerces frágeis, com a interpretação subjetiva do que pode ser tido como abuso de direito.

<sup>300</sup> “Stabilization clauses are a specialty of contracts in which one party (a government of a host country) has the power to change the relevant legislation or rules applicable to the contract” (FRICK, Joachim G. **Arbitration and complex international contracts**. Haia: Kluwer Law International, 2001, p. 174).

<sup>301</sup> “Under a stabilization clause, this party agrees not to change its legislation or rules or policy in a manner adversely affecting the contractual rights or connected commercial benefits of the private investor or contractor” (FRICK, Joachim G. Ob. cit, p. 174.).

<sup>302</sup> BERNARDINI, Piero. The renegotiation of investment contract. **Journal of Contract Law**. Sydney: Butterworths . v. 13, n. 3, 1998., p. 414.

Horácio Naón comenta a cláusula demonstrando como funciona e quando pode operar:

*Laesio enormis*. Autoriza uma das partes a obter o término do contrato ou modificação se dois critérios “subjetivos” e um “objetivo” forem encontrados: (1) que a outra parte intencionalmente explore a falta de experiência ou a situação de necessidade da parte que requer o término; (2) que a segunda parte tenha sido induzida a entrar em uma relação contratual desfavorável; e (3) que tal contrato contenha uma falta óbvia de equilíbrio econômico entre as obrigações recíprocas das partes [...] <sup>303</sup>.

Pelos itens requeridos para a sua configuração, é possível antever os percalços que as partes terão na utilização dessa cláusula, pela dificuldade em demonstrar os critérios subjetivos de “falta de experiência” e “indução à contratação”, qualidades, se é que podemos chamar assim, praticamente inexistentes em empresas que se aventuram na contratação internacional.

A doutrina encontrada a esse respeito é insuficiente, e os exemplos práticos, quase inexistentes, impedindo inferir a utilidade prática dessa sorte de cláusula, sendo aqui mencionada apenas para referência e conhecimento.

Opinamos que o abuso de direito, ou enorme lesão, se trata de um princípio ínsito aos contratos, não havendo necessidade de ser inserido concretamente nos pactos para encontrar validade, podendo ser argüido como princípio geral do direito, corolário da boa-fé contratual.

---

<sup>303</sup> “*Laesio enormis*. It authorizes one of the parties to obtain contractual termination or modification if two 'subjective' and one 'objective' requirements are met: (1) that the other party intentionally exploited the lack of experience or the situation of need of the party claiming termination; (2) that the latter party was thus induced to enter into a disfavorable contractual relationship; and (3) that such contract contains an obvious lack of economic balance between the reciprocal obligations of the parties” (NAÓN, Horacio A. Grigera. **Adaptation of contracts: an argentine substantive and private international law outlook**. Adaptation and renegotiation of contracts in international trade and finance. Deventer: Kluwer Law and Taxation, publishers, 1985, p. 60).

## **CAPÍTULO III - PROCEDIMENTO DE RENEGOCIAÇÃO E ADAPTAÇÃO CONTRATUAL**

### **3.1 A RENEGOCIAÇÃO CONTRATUAL PELAS PARTES**

#### **3.1.1 INTRODUÇÃO**

A renegociação dos contratos pelas partes é feita diretamente pelos interessados no contrato, com ou sem auxílio de terceiros, durante a execução contratual, por diversas razões, como mudanças conjunturais econômicas e políticas que possam ter algum reflexo no contrato, ou simplesmente porque as partes resolveram dar uma nova direção aos seus negócios e, assim, precisam ter o contrato modificado.

A renegociação evita a ruptura contratual, quando presentes circunstâncias que agravam as obrigações das partes ou de uma delas, o que permite seja recomposta a harmonia existente inicialmente.

Também é possível, mediante renegociação, reavaliar os negócios e dar-lhes novas formas, sem a necessidade de que seja efetuado um novo contrato, com negociações de todos os seus termos, que são longas e custosas, sobretudo na área internacional.

Muitas vezes, pela premência das partes em concluir o contrato, ou por não terem conseguido acordar todos os detalhes possíveis com as negociações, deixam lacunas no contrato, que podem ser preenchidas posteriormente pelos contratantes por meio da renegociação.

Assim, às partes abre-se a possibilidade de renegociar diretamente o contrato, com ou sem cláusula expressa nesse sentido.

Quando o desequilíbrio atingir apenas a obrigação de uma das partes, e só esta tenha interesse em renegociar, na falta de cláusula expressa, a possibilidade dependerá da boa vontade do outro contratante ou de disposição constante na lei contratual.

centralizado em ganhar, conseguir o mais que cada parte puder obter e fazer o mínimo de sacrifícios possível<sup>306</sup>.

As partes não trabalham nessa espécie de renegociação como parceiros de negócios, mas como competidores em uma quadra de tênis, cujo objetivo é a derrota do oponente, e não a possibilidade de ganhos comuns.

Inicialmente, os negociadores que adotam o estilo competitivo colocam-se psicologicamente contra a outra parte<sup>307</sup>, e ganhar passa a ser questão de honra.

A negociação é feita com uma parte tentando reduzir a confiança da outra<sup>308</sup>, demonstrando que seus argumentos são inviáveis e não são tão bons como pretendidos, que seu direito não tem todo o poder de barganha que acreditava inicialmente.

Uma negociação nesse estilo pode inviabilizar a produção de mudanças, pois as partes colocam objetivos fixos inicialmente e não pretendem barganhar ou fazer concessões sobre eles posteriormente, pelo que, se a outra parte não estiver também disposta a ceder, poderá haver um impasse e com ele o término das negociações.

### 3.1.2.2 Estilo Cooperativo

Se as partes escolheram entrar em uma negociação, ainda que tenham sido compelidas a ela, devem tentar seus melhores esforços para que essa renegociação seja produtiva, com ganhos mútuos, contudo nem sempre isso é possível, como demonstramos acima.

Mas, algumas vezes, os negociadores adotam um estilo cooperativo para renegociar e procuram alcançar vantagens para ambas as partes.

---

<sup>306</sup> LYNCH, Eugene F.; REED, Barry C.; YOUNG, Douglas R.; TAYLOR, Stephen E.; PURVER, Jonathan M.; DAVIS III, James J. **Negotiation and settlement**. New York: Lawyers Cooperative Publishing, 1992, p.172.

<sup>307</sup> LYNCH, Eugene F.; REED, Barry C.; YOUNG, Douglas R.; TAYLOR, Stephen E.; PURVER, Jonathan M.; DAVIS III, James J. Ob. cit., p.173.

<sup>308</sup> RISKIN, Leonard L.; WESTBROOK, James E. **Dispute resolution and lawyers**. Minnesota: West Publishing, 1987, p. 142.

Nessa modalidade de renegociação os negociadores são parceiros de trabalho, têm interesses comuns, estão cientes de que é preciso fazer concessões, bem como ganhar posições.

Não existe aqui uma negociação “boa samaritana”<sup>309</sup>, em que uma parte estará preocupada todo o tempo em salvar a outra, e com os benefícios que possa conceder à outra; as partes continuam adversárias, mas cooperando entre si para que seu objetivo em comum, a continuidade do negócio, seja viabilizado.

No estilo de negociação cooperativa, as partes são capazes de transigir, obtendo menores vantagens em alguns pontos em função de um ganho maior. Assim, fazer concessões não se torna uma derrota pessoal, mas um ganho compartilhado.

Vale ressaltar que essa espécie de renegociação não é comumente encontrada, havendo ainda um recurso muito maior à renegociação no estilo competitivo, sobretudo se as partes que concretamente realizam as discussões não estão preparadas para isso.

Dependendo do envolvimento psicológico das partes, se essas não souberem separar os problemas das pessoas, a negociação poderá se tornar uma luta pessoal entre os negociadores, pelo que as partes devem se concentrar em atacar o problema, e não uma à outra<sup>310</sup>.

Daí a importância de se escolher quem irá renegociar.

### 3.1.3 OS NEGOCIADORES

Importantes contratos envolvendo empresas transnacionais normalmente são negociados e renegociados por pessoas habilitadas para isso, ou assim deveria ser.

A falha nas renegociações pode se dar pela impossibilidade de as partes chegarem a um acordo, em virtude da dificuldade da própria matéria tratada, mas essa impossibilidade pode ser determinada em muito pelas pessoas que atuaram na renegociação e suas habilidades ou falta delas.

---

<sup>309</sup> “Personagem de uma parábola de Cristo apresentada como modelo de caridade”. **Novo Aurélio. Dicionário da Língua Portuguesa. Dicionário eletrônico.** Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2003.

<sup>310</sup> FISHER, Roger; URY, William. Ob. cit., p. 11.

É de extremo valor a sagaz seleção do pessoal para proceder à renegociação. De sua capacidade e sua estratégia poderá resultar uma renegociação satisfatória ou o seu fracasso total.

As partes já estão ligadas uma à outra, o contrato já existe, e, assim, os riscos de perda são maiores do que nas negociações pré-contratuais. Em virtude do grande risco de perda, há um enorme potencial para conflito nas renegociações, gerando comprometimento emocional das partes envolvidas<sup>311</sup>.

Seria de bom alvitre que as partes se fizessem representar em uma renegociação por profissionais isentos de envolvimento pessoais, pois o processo de renegociação depende das posições de barganha desapaixonadas e das aptidões dos negociadores<sup>312</sup>.

O profissional deverá conhecer todas as nuances do contrato, bem assim da legislação aplicável a ele, sendo capaz de conduzir as negociações de forma legal e razoável, obtendo ganhos sem destruir a relação existente entre as partes e sem contrariar qualquer disposição legal.

Além das habilidades naturais de negociador, segundo Luis Henrique Ventura, um bom consultor jurídico internacional deve ter um excelente nível cultural<sup>313</sup>, o que lhe possibilitaria entender a outra parte, dado que em contratos internacionais podem estar e normalmente estão presentes culturas diversas, e o respeito e compreensão delas pode ser a chave das renegociações.

Respeito é uma das palavras-chave no processo de renegociação. Saber entender e considerar posturas, culturas e pontos de vista conduzirá a renegociação por caminhos mais sutis e hábeis a obter um reequilíbrio contratual ou qualquer outra alteração que as partes desejem.

### 3.1.4 DELINEANDO O PROCEDIMENTO

---

<sup>311</sup> STOEVER, William A. **Renegotiations in international business transactions**. Toronto: Lexington Books, 1981. p. 338.

<sup>312</sup> PETER, Wolfgang. **Arbitration and renegotiation of international investment agreements**. 2. ed. Haia: Kluwer Law International, 1995, p. 126.

<sup>313</sup> VENTURA, Luis Henrique. **Contratos internacionais empresariais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 48.

Quando a cláusula contratual determina a possibilidade de renegociar, ou obriga as partes a fazê-lo, pode trazer em seu contexto o procedimento que será adotado para a renegociação.

Não é rara a existência de cláusulas que mencionam a necessidade da renegociação, mas que nada prevêm no que concerne à forma como será realizada.

Em casos em que não há cláusulas e as partes resolvem renegociar de *per si* ou por indicação legal, certamente não contarão, inicialmente, com um rumo claro de como efetuar as negociações.

Ter regras procedimentais claras para a renegociação é vital para o bom andamento dos trabalhos e, caso não existam expressamente, deve ser um dos primeiros pontos a serem traçados pelas partes no início das discussões.

Essas regras devem compreender o local que será utilizado como cenário para o acontecimento da renegociação, os prazos para conclusão ou desistência de se chegar a um acordo e, sobretudo, os pontos que estarão em pauta na mesa de negociação, passíveis de discussão.

Partes sem vontade de renegociar e compelidas a tanto são mestras em criar empecilhos e atrasos, e, ainda que haja boa vontade em renegociar, a falta de uma relação clara dos pontos em discussão pode tornar a renegociação inútil e mais longa do que um procedimento judicial, não impedindo, inclusive, que as partes se obriguem a recorrer a este por falta de entendimento.

Ainda que dispostas a manter uma renegociação saudável e contando com profissionais habilitados para realizá-las, muitas vezes as partes são incapazes de chegar a um acordo, pelo que, ocasionalmente, podem trazer às renegociações uma terceira parte, que lhes assistirá e lhes ajudará a chegar a um acordo.

Essa modalidade de renegociação é denominada “intervenção de terceiros” e pode ser feita de várias formas, estudadas na continuidade.

É de bom alvitre que as partes contem com a possibilidade da intervenção de terceiros, inserindo-a na cláusula que antevê a renegociação ou no momento de estabelecer regras para a renegociação.

## **3.2 A ADAPTAÇÃO E RENEGOCIAÇÃO POR INTERVENÇÃO DE TERCEIROS**

### **3.2.1 INTRODUÇÃO**

A idéia da renegociação pelas partes ou seus representantes é considerada a melhor forma de se obter a adaptação contratual, pois os principais interessados sabem melhor o que desejam alterar e quais são os limites possíveis para as mudanças.

Mas, por maior que seja a boa vontade das partes, ainda que entrem em uma renegociação dotadas de boa-fé e desejo sincero de ver seus pactos alterados, nem sempre é possível obter o resultado almejado, chegando a uma adaptação que satisfaça a todos os envolvidos.

E não há obrigação para as partes de chegar a um resultado, mas, sim, de renegociar. Se não estiverem convencidas das vantagens que podem obter, dificilmente algo as constrangerá a acordar, salvo coação moral ou física, métodos ilegais e desonestos dos quais não cuidaremos.

Não obter a adaptação desejada também não significa dizer que as partes estão em litígio, na iminência de chegar a uma disputa judicial ou arbitral; estão apenas em desacordo<sup>314</sup>.

Sendo assim, antes que façam recurso ao Judiciário ou a um tribunal arbitral, podem as partes solicitar a intervenção de terceiros para renegociar o contrato, aconselhá-las nesse sentido e colocar fim às suas disputas e desacordos.

### **3.2.2 COMO PODE SER FEITA A INTERVENÇÃO**

#### **3.2.2.1 A Vontade das Partes e as Cláusulas Contratuais**

A adaptação contratual ou a renegociação por terceiros intervenientes está dentro das faculdades que as partes têm, tanto ao elaborar um contrato internacional como durante o curso de sua execução.

---

<sup>314</sup> BOUGHABA, Mohammed. **Les clauses d'adaptation économique et monétaire dans les contrats privés internationaux**. Thèse. Lausanne: Université de Lausanne, 1984, p. 303.

Assim, no momento da negociação e da redação dos contratos, as partes podem optar por inserir cláusulas que prevejam a intervenção de terceiros ou, caso ocorram problemas durante a vida do contrato, poderão as partes decidir submeter a solução de seus litígios a uma terceira pessoa, não envolvida diretamente no contrato.

Regis Fabre discorre sobre o procedimento da intervenção de terceiros:

A adaptação pode ser o fato de um terceiro ao contrato, do qual as partes, por antecipação, concordam com a intervenção. Frequentemente, quando fica difícil de se efetuar a relação, a hipótese se encontra também quando as partes temem não poder concordar ou como solução de socorro em caso de falha de suas negociações. As partes se encarregarão, assim, dessa designação ou deverão simplesmente se ocupar de adotar uma instância prevista que o fará [...] <sup>315</sup>.

A intervenção de terceiros por meio da vontade das partes pressupõe um contrato flexível, em que as partes aceitem modificações ao longo de sua existência e procurem, sempre que possível, encontrar soluções para a sua continuidade, em vez de invalidá-lo na ocorrência de dissabores. Significa “que as partes concluíram um contrato aberto, o que significa que “eles estarão deixando o preenchimento de detalhes para mais tarde” <sup>316</sup>.

Apesar dessa possibilidade ingênita aos contratos, salvo acordo expresso em contrário, parece-nos muito mais vantajoso para as partes a previsão contratual de intervenção de terceiros, tanto para o caso de falha nas negociações pelas próprias partes como para intervenção sem que a renegociação direta ocorra, pois deixar para o futuro, quando os problemas já estiverem ocorrendo, poderá comprometer a eficácia e a possibilidade da utilização dessa modalidade de adaptação contratual <sup>317</sup>.

<sup>315</sup> “L’adaptation peut être le fait d’un tiers au contrat dont les parties agréent, par avance, l’intervention. Fréquente quand le rapport est difficile, à effectuer, l’hypothèse se rencontre aussi quand les parties craignent de ne pas pouvoir se mettre d’accord ou comme solution de secours en cas d’échec de leurs négociations. Les parties se chargeront, alors, de cette désignation ou seront tenues, simplement, de saisir une instance prévue qui l’effectuera” (FABRE, Regis. Les clauses d’adaptation dans les contrats. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, Paris: Sirey, n. 1, 1983, p. 14).

<sup>316</sup> “The parties have concluded an “open contract” which means that “they have left the filling in the details for later” (PETER, Wolfgang. Arbitration and renegotiation clauses. *Journal of International Arbitration*. v. 3, n. 2. Genebra: Werner & Sieber, junho de 1986, p. 43-44).

<sup>317</sup> BLANCO, Dominique. *Négociation et rédaction d’un contrat international*. 3. ed. Paris: Dunod, 2002, p. 53.

Dessa forma, a adaptação por terceiros pode ser feita mediante uma cláusula contratual, de disposição escolhida pelas partes, em que estas designam um terceiro para se encarregar da solução de eventuais desavenças que surjam durante a execução do contrato. As partes concordam na conclusão do contrato em confiar a adaptação a terceiros<sup>318</sup>.

As cláusulas contratuais irão prever simplesmente a possibilidade da intervenção de terceiros referindo-se a eles como “mediador”, “expert”, “árbitro”, “interveniente”, “conciliador”, etc., ou, se forem mais detalhadas, poderão conter a espécie da intervenção, regras para a sua ocorrência e para o seu procedimento e até o terceiro escolhido para intervir, apesar de ser esta uma opção mais rara.

Também podem as partes apontar uma instituição que efetue a modalidade de intervenção pela qual optaram e, assim, terão cláusulas prontas dessa instituição para determinar como esta será feita.

### 3.2.3 MODALIDADES DE INTERVENÇÃO

#### 3.2.3.1 Conciliação

A conciliação está dentro dos modos alternativos de intervenção de terceiros, em que uma pessoa ou uma instituição<sup>319</sup>, designada pelas partes, proporá soluções para seus conflitos.

Vejamos a interpretação que Xavier Lagarde faz da conciliação:

[...] quando a intervenção de um terceiro é prevista, o termo conciliação é igualmente utilizado; ele visa à hipótese em que o terceiro designado tem por missão propor uma solução transaccional para as partes em litígio<sup>320</sup>.

---

<sup>318</sup> FABRE, Regis. Ob. cit., p. 18.

<sup>319</sup> A instituição designada normalmente apontará uma pessoa para fazer as vezes de conciliador ou indicará nomes para que as partes escolham.

<sup>320</sup> “[...] lorsque l'intervention d'un tiers est prévue, le terme de conciliation est également utilisé; il vise alors l'hypothèse ou le tiers désigné a pour mission de proposer une solution transactionnelle aux parties en litige” (LAGARDE, Xavier. L'efficacité des clauses de conciliation ou de médiation. *Revue de L'Arbitrage*, Paris: Revue de L'arbitrage, n. 3, juil-sept. 2000, p. 381).

O comércio internacional, devido às diferenças culturais e de linguagem, que podem provocar desentendimentos entre as partes<sup>321</sup>, ou um não-entendimento dos propósitos, pode ser facilmente solucionado com a presença de um terceiro neutro e versátil na língua das partes e nos procedimentos do comércio internacional, pelo que a conciliação encontra terreno mais fértil para prosperar.

Além da neutralidade, segundo Dominique Blanco, o interveniente deve ser alguém qualificado, com experiência, títulos reconhecidos, com certa idade, que reflita um conhecimento dos negócios, e certa sabedoria<sup>322</sup>.

Acrescentamos ainda que deverá ser alguém dotado de bom senso e personalidade apaziguadora, capaz de fazer com que as partes transijam, a partir da proposição de soluções baseadas na equidade, em que estejam “conciliados” os interesses divergentes das partes, permitindo que cada uma ceda um pouco para se chegar a um fim comum, que é a continuação do negócio com um contrato equilibrado.

Caso as partes escolham uma instituição e seus regulamentos para reger a conciliação, não haverá grandes problemas, visto que, mediante regras fixas, será efetuado o procedimento de conciliação.

No caso de uma conciliação engendrada pelas partes, por meio de uma cláusula contratual ou simplesmente pela indicação de um conciliador, será impreterível que as partes façam indicação expressa de como a conciliação deverá ser efetuada.

Regras claras sobre modo, prazos, pontos divergentes que o conciliador deverá tratar deverão ser alguns dos temas abordados.

Jan Ramberg analisa ser prudente a determinação de regras para a conciliação:

Quando se concorda com a conciliação é importante garantir que o sistema não sofrerá abuso pela parte que, por uma ou outra razão, deseje atrasar uma solução final. É assim prudente, explicitamente declarar que qualquer conciliação deve ser terminada antes de um certo termo e que, se nenhum acordo foi alcançado até esse prazo, as partes estão livres para

---

<sup>321</sup> DiMATTEO Larry A. **The law of international contracting**. Haia: Kluwer Law International 2000, p. 45.

<sup>322</sup> BLANCO, Dominique. **Négociier et rédiger un contrat international**. 3. ed. Paris: Dunod, 2002, p. 51.

levar sua disputa aos procedimentos da corte ou arbitragem, conforme o caso<sup>323</sup>.

Ter esse cuidado fará com que as partes evitem que o litígio se prolongue indefinidamente e também permitirá ao conciliador parâmetros de atuação.

### 3.2.3.1.1 Conciliação Antes ou Durante a Arbitragem

As partes podem solicitar a conciliação a qualquer momento, antes ou depois de iniciarem uma disputa arbitral.

Antes de uma disputa, a solicitação da conciliação pode fazer com que as partes consigam resolver suas diferenças e coloquem um termo aos seus problemas, ajustando os contratos para melhor servi-las.

Será evitada, dessa forma, toda sorte de litígio, judicial ou arbitral, bem como as relações entre as partes serão mais bem preservadas, vez que não chegaram ao ponto de uma batalha jurídica por seus pontos de vista.

Contudo, nada impede que, iniciado o procedimento arbitral, as partes interrompam-no para tentar a conciliação, e, dependendo da habilidade do conciliador e da disposição das partes, poderá ser encontrada uma solução amigável para ambos, pondo um fim ao litígio.

No procedimento judicial também poderá haver conciliação, esta por nós tratada no item referente à intervenção do juiz.

### 3.2.3.1.2 A Conciliação Predeterminada

Algumas instituições mantêm regras fixas sobre intervenção de terceiros por meio de conciliação, mediação, *expertise* ou arbitragem.

A Comissão das Nações Unidas para as Leis de Comércio Internacional, “United Nations Commission on International Trade Law” (Uncitral), possui regras de conciliação para solução amigável de controvérsias no comércio internacional:

<sup>323</sup> “When agreeing on conciliation it is important to ensure that the system is not abused by a party who for some reason or another wishes to delay a final resolution. It is therefore prudent to explicitly state that any conciliation must be terminated before a specified time and that, if no settlement has been reached before such time, the parties are free to proceed with their dispute to court proceedings or arbitration as the case may be” (RAMBERG, Jan. **International Commercial Transactions**. ICC Paris: Kluwer Law International, 1997, p. 74).

A Assembléia Geral:

.....  
*Recomenda* o uso das regras de conciliação da Comissão das Nações Unidas para as Leis de Comércio Internacional em casos em que a disputa surge no contexto de relações comerciais internacionais e as partes procuram um acordo amigável para a disputa através do recurso à conciliação<sup>324</sup>.

As regras da Uncitral sobre conciliação são aplicadas mediante a menção expressa ao seu uso, no contrato, pelas partes, ou pela decisão das partes em submeter seu litígio a elas.

Diversos centros de arbitragem adotam as regras de conciliação da Uncitral, prevendo apenas a possibilidade de efetuar a conciliação e prescrevendo o uso daquelas regras.

Citamos alguns desses textos para embasar a afirmação:

Comissão Inter-Americana de Arbitragem Comercial (IACAC)

Em algumas ocasiões, as partes preferem usar procedimentos de conciliação, em vez de arbitragem. Isso pode ser frequentemente efetuado através dos bons ofícios da Comissão ou de suas Seções Nacionais. A IACAC tem adotado as Regras de Conciliação UNCITRAL com pequenas modificações apropriadas para os propósitos da IACAC<sup>325</sup>.

Centro Regional do Cairo para Arbitragem Comercial Internacional Quando as partes em um contrato concordaram por escrito em buscar um acordo amigável para as disputas surgidas ou relacionadas com seu contrato pela conciliação, de acordo com as Regras de Conciliação do Centro Regional do Cairo para Arbitragem Comercial Internacional, então tal conciliação deverá acontecer de acordo com as regras de conciliação UNCITRAL sujeitas às modificações estabelecidas nas presentes regras. As regras aplicáveis à conciliação devem ser aquelas em vigência no tempo de início da conciliação, a menos que as partes tenham acordado de outra forma<sup>326</sup>.

<sup>324</sup> “*Recommends* the use of the Conciliation Rules of the United Nations Commission on International Trade Law in cases where a dispute arises in the context of international commercial relations and the parties seek an amicable settlement of that dispute by recourse to conciliation” (Disponível em: <<http://www.uncitral.org>> Acesso em 8 de abril de 2004).

<sup>325</sup> “On some occasions, the parties prefer to use procedures for conciliation rather than arbitration. This can frequently be effected through the good offices of the Commission or its National Sections. The IACAC has adopted the UNCITRAL Conciliation Rules with appropriate minor modifications for IACAC purposes” (The Inter-American Commercial Arbitration Commission. Disponível em: <<http://www.sice.oas.org/dispute/comarb/iacac/iacac1e.asp>. Acesso em 13 de maio de 2004).

<sup>326</sup> “Where parties to a contract have agreed in writing to seek an amicable settlement of disputes arising out of or relating to their contract by conciliation in accordance with the Rules of

A Câmara de Comércio Internacional (CCI), um dos mais respeitados centros de arbitragem do mundo, situada em Paris, até o ano 2000, possuía um regulamento próprio para a conciliação e um comitê permanente para essa finalidade, contudo essas regras foram substituídas pelas regras “ADR” (Amicable Dispute Resolution), Resolução Amigável de Disputas, pelas quais as partes que decidiram resolver amigavelmente suas disputas podem optar por qualquer técnica para solução de controvérsias, e, não tendo havido opções, a técnica utilizada será a mediação.

Adotar um sistema pré-fixado de regras pode ser bastante útil para as partes, que não precisarão preocupar-se em elaborar seus próprios marcos a esse respeito e evitarão, assim, discussões iniciais no sentido de obter as normas para procedimento conciliatório.

### 3.2.3.2 Mediação

A mediação é outra forma para promover a renegociação do contrato e sua adaptação por meio da intervenção de um terceiro, que ajudará as partes a “dialogar”, a tentar discutir seus problemas de forma precisa, sem envolvimento emocional.

O objetivo da mediação é basicamente fazer com que as partes retornem ao bom entendimento<sup>327</sup> e consigam prosseguir em seus negócios mediante uma adaptação contratual negociada de forma lúcida.

O terceiro interveniente na mediação denomina-se “mediador”.

#### 3.2.3.2.1 O Mediador e Seu Papel

---

Conciliation of the Cairo Regional Centre for International Commercial Arbitration, then such conciliation shall take place in accordance with the UNCITRAL Conciliation Rules subject to the modifications set forth in the present rules. The rules applicable to the conciliation shall be those in force at the time of the commencement of conciliation unless the parties have agreed otherwise” (Cairo Regional Centre for International Commercial Arbitration – Disponível em <[http://www.jurisint.org/pub/03/en/F\\_6992.htm](http://www.jurisint.org/pub/03/en/F_6992.htm)>. Acesso em: 12 de março de 2004.).

<sup>327</sup> FOURCHAULT, Charles. **De la médiation**. Thèse pour le doctorat. Paris: Arthur Rousseau, 1900, p. 10.

O mediador é uma figura neutra escolhida pelas partes que lhes auxiliará na tentativa de chegar a um consenso sobre as disputas em torno da relação contratual.

Thomas Crandall e Douglas Whaley descrevem as atividades de um mediador:

Um mediador assiste às partes em disputa em negociações para que elas possam transigir e chegar a um acordo voluntário. Uma parte neutra, um mediador ajuda definindo questões, baixando os níveis de antagonismo e ajudando a definir bases comuns para se chegar a uma resolução amigável<sup>328</sup>.

O procedimento do mediador é de um guia das discussões, procurando conduzir as partes para uma solução. Segundo Eugene Lynch, Barry Reed, Douglas Young, Stephen Taylor, Jonathan Purver e James Davis III

Um mediador habilidoso, não envolvido e novo ao problema, pode guiar a discussão para fora de rotas improdutivas e para elementos de solução mutuamente aceitável. Por causa da sua neutralidade, o mediador pode, algumas vezes, trazer as partes para avaliações realistas da força e do valor de seus casos de uma forma que nenhum advogado conseguiria realizar sem a assistência de um mediador<sup>329</sup>.

Cabe, ainda, ao mediador a capacidade de reorientar as partes, agindo como um catalisador que afetará as suas atitudes, um educador que deverá conhecer desejos, aspirações, procedimento de trabalho, limitações políticas e as exigências negociais das partes, traduzindo os problemas em uma linguagem acessível às partes, de forma a conseguir a sua receptividade. As partes ainda

---

<sup>328</sup> "A mediator assists disputing parties in negotiations so that they can compromise and reach a voluntary agreement. A neutral party, the mediator helps in defining the issues, lowering the levels of antagonism, and aiding in defining common ground leading to an amicable resolution" (CRANDALL, Thomas D.; WHALEY, Douglas J. **Cases, problems, and materials on contracts**. 2. ed. Boston: Little, Brown & Company, 1993, p. 498).

<sup>329</sup> "A skilled mediator, uninvolved and new to the matter, can guide the discussion out of these unproductive avenues and onto elements of a mutually acceptable solution. Because of his or her neutrality, the mediator can sometimes bring parties to a realistic assessment of the strength and value of their cases in a way neither lawyer could accomplish without mediator assistance" (LYNCH, Eugene F.; REED, Barry C.; YOUNG, Douglas R.; TAYLOR, Stephen E.; PURVER, Jonathan M.; DAVIS III, James J. Ob. cit., p. 208).

vêm no mediador um agente da realidade, que dará a elas partes uma real noção de seus direitos e possibilidades em um litígio<sup>330</sup>.

### 3.2.3.2.2 Diferença entre Conciliação e Mediação

Ainda que conciliação e mediação sejam institutos com diferenças quase imperceptíveis, não são o mesmo modo de intervenção de terceiros.

A diferença fundamental entre os dois institutos está no fato de que, na mediação, o terceiro interveniente apenas tem a missão de convidar as partes ao diálogo e agir na qualidade de moderador ou mediador dessa conversa, enquanto na conciliação o terceiro apresenta soluções para os problemas a ele submetidos pelas partes<sup>331</sup>.

O papel do conciliador é mais incisivo do que o do mediador, pois aquele deve propor soluções enquanto este age como um diplomata, facilitando as negociações.

Essa visão da função do mediador apenas como alguém com a função de conduzir as discussões das partes pode ser colhida no regulamento “ADR” da CCI, na cláusula 5, em que se define a mediação:

#### Mediação

Para os fins destas Regras, mediação é a técnica de acordo com a qual um agente neutro atua como um facilitador para ajudar as partes a chegar a um acordo negociado de sua disputa. Ao Neutro não é exigido dar nenhuma opinião quanto ao mérito da disputa<sup>332</sup>.

Essa distinção não ocorre, contudo, de maneira tão fácil como se supõe, havendo alguns doutrinadores, como Mauro Rubino-Sammartano, que tratam conciliação e mediação como institutos sinônimos, dando à conciliação significado igual ao da mediação:

<sup>330</sup> RISKIN, Leonard L.; WESTBROOK, James E. **Dispute resolution and lawyers**. Minnesota: West Publishing, 1987, p.210-211.

<sup>331</sup> LAGARDE, Xavier. L'efficacité des clauses de conciliation ou de médiation. **Revue de L'arbitrage**, Paris: Revue de L'arbitrage, n. 3, juil./sept. 2000, p. 381-382.

<sup>332</sup> “For purposes of the Rules, mediation is the settlement technique in which the Neutral acts as a facilitator to help the parties try to arrive at a negotiated settlement of their dispute. The Neutral is not requested to provide any opinion as to the merits of the dispute” (Regras ADR – ICC. Artigo 5, item 1 “mediação”. Disponível em: <<http://www.iccwbo.org>> Acesso em: 8 fev. 2004).

Este bem conhecido sistema consiste em uma tentativa, de uma terceira parte, designada pelos litigantes, de reconciliá-los antes que eles recorram ao litígio (seja corte ou arbitragem), ou depois. A tentativa de conciliar está geralmente baseada em mostrar para cada lado os aspectos contrários à disputa, de forma a trazê-los para um acordo e alcançar uma solução, a qual será geralmente encontrada entre as posições das duas partes<sup>333</sup>.

E continua mais além:

Conciliação não é expressamente mencionada nas regras da Corte de Londres de Arbitragem Internacional, nem nas da Associação Americana de Arbitragem. Contudo, conciliação é mais do que bem-vinda em ambas as instituições, geralmente mencionada como mediação<sup>334</sup>.

Em nosso ponto de vista, são institutos diferentes, cabendo ao mediador a única função de intermediar a conversa e a negociação entre as partes, não sendo de sua tarefa apresentar soluções ou fazer proposições para as partes, devendo restringir-se a encaminhá-las para a conjugação de suas vontades a um denominador comum – o prosseguimento dos negócios e a manutenção do contrato –, enquanto ao conciliador cabe trabalho mais árduo, de chegar sozinho a soluções e apresentá-las às partes.

### 3.2.3.2.3 Vantagens da Mediação

A maior vantagem da mediação é, certamente, a possibilidade de preservar as relações dos contratantes, mantendo suas discussões fora de contendas e disputas judiciais e arbitrais que poderiam destruir definitivamente a viabilidade da continuação dos negócios.

Outras vantagens existem certamente, de caráter econômico, que é o que normalmente preocupa os contratantes.

---

<sup>333</sup> “This well-known system consists in an attempt by a third party, designated by the litigants, to reconcile them either before they resort to litigation (whether to court or arbitration), or after. The attempt to concile is generally based on showing each side the aspects of the dispute contrary to it, in order to bring them together and to reach a solution, which will generally be found between the positions of the two parties” (RUBINNO-SAMMARTANO, Mauro. **International Arbitration Law**. Boston: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1990, p. 3).

<sup>334</sup> “Conciliation is not expressly mentioned in the rules of the London Court of International Arbitration, nor in those of the American Arbitration Association. However, conciliation is more than welcomed by both institutions and is generally referred to as mediation” (RUBINO-SAMMARTANO, Mauro. Ob. cit., p. 5).

A mediação tem custos menores do que uma disputa judicial ou arbitral e, dependendo das regras adotadas, também é mais rápida.

Além do mais, ainda que não resulte satisfatória, do ponto de vista de se obter a alteração contratual, a mediação permite às partes ter uma real noção dos seus direitos e do alcance de seus argumentos, para, se decidirem litigar, não adentrarem em procedimentos com falsas expectativas.

#### 3.2.3.2.4 Regras Predeterminadas de Mediação

Da mesma forma que a conciliação, também a mediação pode contar com instituições que a realizem, com regras próprias e pessoal habilitado para tanto.

As maiores instituições de arbitragem do mundo têm centros de mediação com regras fixadas.

Vejamos alguns exemplos.

##### a) Corte Londrina de Arbitragem Internacional (LCIA)

A LCIA é um dos conhecidos centros internacionais de arbitragem que possui regulamento próprio para o procedimento de mediação, definindo a mediação da seguinte forma:

Em essência a mediação é um acordo negociado, conduzido e concluído com a assistência de uma terceira parte neutra. O processo é voluntário e não leva a uma decisão obrigatória, respeitada em seu próprio direito<sup>335</sup>.

##### b) Câmara de Comércio Internacional (CCI)

A CCI, através de seu regulamento “ADR” (Amicable Dispute Resolution), resolução amigável de disputas, utiliza a mediação entre as formas para solução de controvérsias:

O procedimento ADR permite às partes por si mesmas escolher qual técnica de conciliação é mais conveniente para

---

<sup>335</sup> “In essence, mediation is a negotiated settlement, conducted and concluded with the assistance of a neutral third-party. The process is voluntary and does not lead to a binding decision, enforceable in its own right” (London Court of International Arbitration – LCIA. Disponível em: <<http://www.lcia-arbitration.com>>. Acesso em: 10 mar. 2004).

ajudá-las a resolver suas disputas privadas com a assistência de um expert neutro. Na falta de acordo das partes quanto a uma técnica de conciliação, a mediação será utilizada<sup>336</sup>.

Possuem ainda regras próprias sobre mediação entre os importantes centros de arbitragem no mundo o instituto de arbitragem da Câmara de Comércio de Estocolmo, a Câmara de Comércio Euro-árabe, a Fundação de Arbitragem da África do Sul, o Centro Internacional de Arbitragem de Hong Kong e a Associação Americana de Arbitragem.

### 3.2.4 MED-ARB

A med-arb, abreviação de mediação e arbitragem, trata-se de uma intervenção de terceiros prevista em duas etapas, uma de mediação e outra, em caso de necessidade, de arbitragem, na seqüência.

O terceiro escolhido pelas partes agirá inicialmente como um intermediador da negociação entre as partes, sem o poder de impingir-lhe mudanças ou obrigações, apenas funcionando como um porta-voz entre os negociadores e, em caso de falha, assumirá a postura de árbitro, julgando o litígio e aplicando soluções de forma obrigatória para os litigantes.

Mediador e árbitro serão a mesma pessoa, apenas havendo diferença de poderes entre uma etapa e outra, conforme constatamos dos dizeres de Jarrosson:

A idéia é generosa: se o terceiro não tiver sucesso como mediador e para evitar que a mediação não seja nada além de um desvio inútil, o mediador muda de papel e se torna árbitro e soluciona rapidamente o litígio que ele já conhece<sup>337</sup>.

Se, de um lado, a med-arb parece vantajosa, pelo fato de o terceiro envolvido como mediador, ao se tornar árbitro, estar de posse de informações

<sup>336</sup> "ICC ADR proceedings allow the parties themselves to choose whichever settlement technique is best suited to help them resolve their particular dispute with the assistance of an experienced Neutral. In the absence of an agreement of the parties upon a settlement technique, mediation will be used" (Disponível em: <<http://www.iccwbo.org>>. Acesso em: 8 fev. 2004).

<sup>337</sup> "L'idée est généreuse: si le tiers ne réussit pas en tant que médiateur, et afin d'éviter que la médiation ne soit qu'un détour inutile, le médiateur change de casquette, devient arbitre et tranche très rapidement le litige qu'il connaît déjà" (JARROSSON, Charles. Les modes alternatifs de règlement des conflits: présentation générale. *Revue International de Droit Comparé*. Paris: Centre Français de droit compare. Ano 49, n. 2., Abril-junho 1997, p. 344).

sobre o caso e conhecer melhor o litígio, o mesmo argumento de conhecimento pesa contra esse modo de solução de controvérsia, pois, para ser árbitro, exige-se imparcialidade e independência, e, talvez, conhecer o caso profundamente retire do árbitro essas qualidades.

Parece-nos mais prudente evitar esse tipo de solução de problemas e optar pela mediação ou pela arbitragem, ou, ainda, se se optar pelas duas formas na seqüência, precisar que mediador e árbitro serão pessoas distintas, no intuito de preservar a divisão dos institutos e a isenção dos árbitros.

Para melhor esclarecimento, veremos um exemplo da cláusula retirado das regras de ADR da Corte Internacional de Arbitragem de Londres (London Court of International Arbitration – LCIA), prevendo mediação e arbitragem:

No caso de disputa surgida ou relacionada com este contrato, incluindo qualquer questão relacionada com a sua existência, validade ou término, as partes devem inicialmente tentar o ajuste da disputa pela mediação, de acordo com o procedimento de mediação LCIA, cujo procedimento considera-se incorporado por referência a essa cláusula. Se a disputa não for resolvida pela mediação em [...] dias da designação do mediador, ou período adicional que as partes tenham concordado por escrito, a disputa será enviada para e resolvida definitivamente pela arbitragem, sob as regras LCIA, cujas regras consideram-se incorporadas por referência nesta cláusula<sup>338</sup>.

### 3.2.4.1 Co-Med-Arb

A criatividade em matéria de renegociação contratual, adaptação e solução de controvérsias parece não ter fim.

Charles Jarrosson traz ao nosso conhecimento o sistema co-med-arb, uma derivação da med-arb em que os intervenientes, mediador e árbitro, são figuras diferentes, atuando o mediador e tendo a presença daquele que será futuramente

---

<sup>338</sup> “In the event of a dispute arising out of or relating to this contract, including any question regarding its existence, validity or termination, the parties shall first seek settlement of that dispute by mediation in accordance with the LCIA Mediation Procedure, which Procedure is deemed to be incorporated by reference into this clause.

If the dispute is not settled by mediation within [...] days of the appointment of the mediator, or such further period as the parties shall agree in writing, the dispute shall be referred to and finally resolved by arbitration under the LCIA Rules, which Rules are deemed to be incorporated by reference into this clause” (Procedimento de Mediação LCIA. Disponível em: <<http://www.lcia-arbitration.com>>. Acesso em: 10 mar. 2004).

o árbitro como observador dos procedimentos de mediação, podendo, assim, resolver de forma mais rápida o litígio, pelo conhecimento que adquiriu dos fatos.

Fica aqui a mesma crítica que fizemos para a med-arb, no item acima, sobre a desvirtualização dos institutos de mediação e arbitragem e sobre o comprometimento da imparcialidade do árbitro.

### **3.2.5 MINITRIAL E RENT-A-JUDGE**

#### **3.2.5.1 Minitrial**

O equivalente em português para *minitrial* seria algo parecido com “minijulgamento”, mas a expressão tem sido encontrada somente em inglês, talvez por ser de aplicação quase que restrita aos Estados Unidos da América. Também é conhecido como “*in vitro trial*” ou “julgamento *in vitro*”.

Esse procedimento é assim conhecido por não se tratar de um verdadeiro julgamento, mas de uma solenidade similar a um julgamento<sup>339</sup>.

O procedimento do minitrial ocorre com as partes apresentando seus pontos de vista, podendo incluir testemunhas e peritos, para dois (ou mais) negociadores, apontados por ambas as partes, com poder de decisão, e é presidido por um terceiro neutro.

Inicialmente, poderá haver um acordo entre os negociadores, e o processo findará, ou, no caso de desacordo, o terceiro que presidiu as exposições do caso e as negociações poderá emitir opinião, avaliando o caso e mostrando às partes quais são seus argumentos favoráveis e desfavoráveis e que tipo de resultado poderiam esperar em uma corte ou tribunal arbitral<sup>340</sup>.

Thomas Crandall e Douglas Whaley apresentam os propósitos do minitrial em duas passagens de sua obra:

O propósito do processo minitrial é promover o diálogo sobre os méritos da causa, limitar os problemas, e reconverter a

<sup>339</sup> RUBINNO-SAMMARTANO, Mauro. Ob. cit., p. 34.

<sup>340</sup> RUBINNO-SAMMARTANO, Mauro. Ob. cit., p. 8.

disputa legal em um problema comercial a ser decidido por aqueles que são os mais aptos a resolvê-lo<sup>341</sup>.

O propósito não é tanto “ganhar”, mas como educar aqueles que decidem sobre as possibilidades relativas de seus casos e assim permitir-lhes chegar a uma resolução razoável sem julgamento<sup>342</sup>.

### 3.2.5.2 *Rent-A-Judge*

*Rent-a-Judge*, também chamado de Julgamento Privado (*Private Judge*), é outra espécie de intervenção de terceiros, bastante em voga nos Estados Unidos da América. As partes dirigem-se a uma corte peticionando pela nomeação de um terceiro, que será selecionado por elas a partir de uma lista de juízes aposentados apresentada pela corte (daí a expressão *rent-a-judge*). O juiz “alugado”, depois de escutar as partes, fará um relatório à corte. Sua decisão terá o efeito de um veredicto da corte<sup>343</sup>.

Os dois institutos, *rent-a-judge* e *minitrial*, por vezes, podem confundir-se, quando ocorre a contratação de um juiz aposentado para ocupar a posição do terceiro neutro no *minitrial*, e proferir uma opinião não obrigatória.

### 3.2.6 *EXPERTISE*<sup>344</sup>

Em se tratando de problemas técnicos que surjam no contrato, as partes podem decidir utilizar os serviços de um perito técnico, ou um *expert*.

Esse *expert*, da área técnica, financeira ou contábil<sup>345</sup>, fará uma análise técnica do contrato e dos problemas incidentes e emitirá um parecer também técnico sobre os fatos.

<sup>341</sup> “The purpose of the *minitrial* process is to promote a dialogue on the merits of the case, narrow the issues, and reconvert the legal dispute into a commercial problem to be decided by those who are best able to resolve it” (CRANDALL, Thomas D.; WHALEY, Douglas J. Ob. cit., p. 499).

<sup>342</sup> “[...] The purpose is not so much to win as to educate decision-makers about relative strengths of their cases and so permit them to come to a reasonable resolution short of trial [...]” (LYNCH et al., 1992, p. 213).

<sup>343</sup> CRANDALL, Thomas D.; WHALEY, Douglas J. **Cases, problems, and materials on contracts**. 2. ed. Boston: Little, Brown & Company, 1993, p. 501.

<sup>344</sup> *Expertise* pode ser traduzida como “relatório pericial”.

<sup>345</sup> BLANCO, Dominique. **Négocier et rédiger un contrat international**. 3. ed. Paris: Dunod, 2002, p. 52.

Em alguns locais, como nos Estados Unidos da América, a *expertise* se parece com uma sentença arbitral<sup>346</sup>, mas normalmente a atuação do *expert* se dá para a emissão de uma opinião.

A CCI criou, em 1976, um Centro Internacional de Expertise, ao qual as partes podem recorrer. O funcionamento desse Centro e seu regulamento técnico foram resumidos por Mauro Rubinno-Sammartano:

Expertise técnica consiste na indicação pelas partes, ou na sua falta, pela CCI, de um perito técnico que verifica a situação pela ouvida das partes e testemunhas e obtém uma compreensiva visão geral da situação fazendo inspeções, contratos e cálculos. Dessa forma, importantes elementos fáticos são gravados enquanto ainda estão frescos, evitando o risco de sua perda ou seu desvanecimento depois de um longo período. O Regulamento de Expertise Técnica também prevê que as partes podem conceder a um perito técnico uma autoridade mais ampla do que de um mero gerador de recomendações. Algumas vezes a ele pode ser dado até mesmo o poder de decidir, mas isto é excepcional<sup>347</sup>.

Em 1993, novas regras de *expertise* passaram a vigor na CCI e, na publicação nº 520, estão descritos os serviços oferecidos pela Câmara, campos de atuação, procedimento de indicação de peritos e cláusula modelo de *expertise*<sup>348</sup>.

Verifica-se assim que também o poder do *expert* dependerá da vontade das partes e dos poderes que estas lhe conferirem. Caberá às partes delimitar, por meio de disposição contratual ou ajuste de vontades posterior, como será a atuação desse terceiro, quais os limites e qual a força de seu parecer.

### 3.2.7 AS REGRAS DE ADAPTAÇÃO CONTRATUAL DA CCI

<sup>346</sup> BOUGHABA, Mohammed. Ob. cit., p. 300.

<sup>347</sup> “Technical expertise consists in the appointment by the parties, or in their absence by the ICC, of a technical expert who verifies the situation by hearing the parties and witnesses and obtains a comprehensive overview of the situation by making inspections, contracts and calculations. In this way important factual elements are recorded while they are still fresh, avoiding the risk of their loss or their fading after a long period of time. The Technical Expertise Regulation provides also that the parties may grant a technical expert wider authority than that of merely making recommendations. Sometimes he may even be given the power to decide, but this is exceptional” (RUBINNO-SAMMARTANO, Mauro. Ob. cit., p. 10).

<sup>348</sup> **The ICC International Centre for Expertise – New Rules in force as from January 1, 1993.** Paris: International Chamber of Commerce – ICC Publication nº 520, 1992.

Em 1978, com base em um relatório de Bruno Oppetit, um grupo da Corte de Arbitragem da CCI, comandado por Juan Antonio Cremades<sup>349</sup>, desenvolveu um conjunto de regras para adaptação dos contratos, para evitar que as mudanças de circunstâncias levassem à quebra contratual, permitindo, assim, a reforma dos pactos para que as partes pudessem continuar seus negócios.

O relatório denominou-se “Regras para Regulamentação de Relações Contratuais” e deu origem às “Regras de Adaptação de Contratos”, que se propõe a permitir o preenchimento de lacunas e a adaptação contratual por um terceiro, mediante a inserção de cláusulas contratuais-tipo pelas partes, nos contratos.

Estabeleceu a CCI duas cláusulas-tipo para essa finalidade, mas recomendou que as partes, antes de sua adoção, verificassem a legalidade e efetividade da intervenção de terceiro pela lei ou leis aplicáveis.

Ainda que as partes tenham determinado pela cláusula contratual a intervenção de terceiros, qual será a validade dessa intervenção, visto que não se trata de sentença judicial ou arbitral com força executória?

Dependerá a resposta a essa questão, sem dúvida, de dois fatores: primeiro, a modalidade da intervenção do terceiro; e, segundo, os poderes que as partes lhe conferirem para intervir no contrato.

Se o terceiro estiver na qualidade de mandatário das partes, agindo em seu lugar, sua decisão “é um verdadeiro ato contratual que liga as partes ao mesmo título que o próprio contrato”<sup>350</sup>.

Se, ao contrário, os poderes dados ao terceiro forem limitados, como no caso do mediador puro, que só tem poderes para agir na qualidade de facilitador das negociações, sua atividade será limitada a de simples moderador.

Contudo, na modalidade de intervenção de terceiros, ainda que por sua natureza não provenha o terceiro interveniente com força decisória, se houver expresso desejo das partes, esta lacuna poderá ser suprida, e o terceiro poderá receber poderes para decidir.

---

<sup>349</sup> “The draft stemmed from a report by Professor Bruno Oppetit and the work done by a restricted group chaired by Mr. Juan Antonio Cremades” (WINKUWIST, Carl Henrik. *Forward of Adaptation of contracts*. Publication n° 326. Paris: International Chamber of Commerce, 2001, p. 5).

<sup>350</sup> “[...] si le tiers est qualifié de “mandataire”, sa décision est un véritable acte contractuel qui lie les parties au même titre que le contrat lui-même” (BOUGHABA, Mohammed. *Ob. cit.*, p. 317).

### 3.2.8 SUCESSO E O FRACASSO DA INTERVENÇÃO DE TERCEIROS NA ADAPTAÇÃO E NA RENEGOCIAÇÃO

Todas essas formas alternativas de adaptação e negociação contratual, com a intervenção de terceiros, encontrarão sucesso na medida em que as partes possam chegar a um acordo, com uma solução livremente aceita por ambas e que encerre qualquer possibilidade de litígio<sup>351</sup>.

Manter o contrato preservado, por meio de adaptações advindas de concessões recíprocas, é o fim último e o sucesso derradeiro da intervenção de terceiros nos contratos.

No caso de fracasso na intervenção de terceiros, em mediação, conciliação e outras formas apresentadas neste trabalho, haverá ainda para as partes a possibilidade de tentar solucionar seus conflitos por meio da arbitragem ou das cortes estatais.

## 3.3 A ARBITRAGEM

### 3.3.1 INTRODUÇÃO

A arbitragem apresenta-se como mais uma forma de intervenção de terceiros para permitir a solução de controvérsias entre as partes e promover a adaptação contratual.

Modo alternativo de intervenção no contrato, a arbitragem pode ser estipulada pelas partes para a solução de controvérsias, com início de atuação previsto para o momento em que as partes julguem não poder solucionar por si mesmas ou por meios amigáveis os conflitos contratuais.

Também poderá ser antevista a arbitragem para o caso de falha das negociações pelas partes, como na continuação de uma cláusula *hardship*, em que as partes se obrigam a negociar em busca de soluções para alterações conjunturais, mas prevêem, de antemão, a possibilidade de ocorrer o não-sucesso de suas discussões, deixando claro que não recorrerão às cortes comuns nesse caso, mas apresentarão seus problemas ao exame de um tribunal arbitral.

---

<sup>351</sup> JARROSSON, Charles. Ob. cit., p. 343.

Ainda têm as partes a faculdade de escolher a arbitragem como procedimento para o caso de falha nas tentativas amigáveis de soluções de controvérsias previstas no contrato, como a conciliação, a mediação e o minitrial, entre outras, que, caso não obtenham as soluções desejadas pelas partes, levarão o contrato a ser apreciado por uma instância arbitral.

### 3.3.2 O QUE É A ARBITRAGEM

Já mencionamos acima que a arbitragem é um modo alternativo de solução de conflitos.

É um processo privado<sup>352</sup>, derivado de um acordo entre as partes, que opera como forma opcional ao procedimento estatal de solução de conflitos<sup>353</sup>, ou seja, ao litígio judicial: “Ao contrário do processo, a maioria das arbitragens ocorre somente porque as partes voluntariamente consentem nisto”<sup>354</sup>.

Pode-se dizer, assim, que a arbitragem é um consectário do princípio da autonomia da vontade que vige na contratação internacional, pelo qual as partes podem escolher livremente como querem sejam resolvidos os problemas e conflitos que ocorram durante a execução de seus contratos.

### 3.3.3 A CLÁUSULA ARBITRAL – CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA

A arbitragem ocorre por um acordo das partes estipulado no contrato, sob a forma de uma cláusula contratual, denominada cláusula compromissória, segundo a qual “as partes aceitam por antecipação submeter todas as discussões contratuais à arbitragem, e não aos tribunais”<sup>355</sup>.

<sup>352</sup> STRENGER, Irineu Arbitragem internacional: conceitos básicos. In: STRENGER, Irineu; ETCHEVERRY, Raul Aníbal; BAPTISTA, Luiz Olavo; NAÓN, Horacio Grigera; CAIVANO, Roque J.; SLATE III, William K.; LEW, Julian D.M. **Arbitragem comercial internacional**. São Paulo: LTr, 1998, p. 21.

<sup>353</sup> BROWN, David. **Dispute resolution: ADR, litigation, arbitration**. Seminário CCI “Negotiating, drafting and performing international contracts. Paris, 17-20 Setembro de 2001, p. 3.

<sup>354</sup> “Unlike litigation, most arbitration *occurs* only because the parties voluntarily consent to it” (CRANDALL, Thomas D.; WHALEY, Douglas J. **Cases, problems, and materials on contracts**. 2. ed. Boston: Little, Brown & Company, 1993, p. 474).

<sup>355</sup> “[...] les parties acceptent par avance de soumettre tous différends contractuels à l'arbitrage, et non aux tribunaux” (BLANCO, Dominique. Ob. cit., p. 64).

A forma de apresentação dessa cláusula varia muito, de acordo com o tipo de contrato e também da experiência das partes e conhecimento para redigi-las.

Sendo as partes autônomas para escolher o conteúdo contratual, uma cláusula de arbitragem poderá fazer uma simples menção à arbitragem como forma de solução de controvérsias, deixando para o futuro a definição do *modus operandi*.

Analisemos um exemplo de cláusula contratual de arbitragem, redigida de modo genérico:

Todas as controvérsias que surjam entre as partes em relação ao CONTRATO serão dirimidas definitivamente por um Tribunal Arbitral. A resolução dos árbitros será definitiva e inapelável, manifestando as partes sua aceitação total à jurisdição arbitral prevista nesta cláusula e renunciando expressamente a qualquer outro foro ou jurisdição que possam recorrer<sup>356</sup>.

A cláusula poderá trazer, ainda, o número de árbitros a fazer parte do tribunal arbitral ou a possibilidade de árbitro único.

Poderá também a cláusula definir todo o procedimento arbitral, sendo conhecida como arbitragem *ad hoc*, fazer referência a regras preestabelecidas de uma instituição arbitral ou, ainda, apontar a instituição como sendo o órgão competente para proceder à arbitragem e dirimir as controvérsias, sendo esta denominada arbitragem institucional.

Seja qual for o modo de arbitragem adotado nas cláusulas contratuais, estas devem ser escritas com alguma cautela, não devendo ser por demais simplificadas, principalmente no que concerne à capacidade de atuação dos árbitros.

Para o bom andamento da arbitragem e para que as partes possam tirar o melhor proveito dessa forma de solução de controvérsias, é importante que nas cláusulas arbitrais seja feita a delimitação da atuação dos árbitros sobre o litígio e dos poderes que lhes serão atribuídos sobre o contrato.

---

<sup>356</sup> Parte da cláusula sexta do Contrato para construção e operação de ligação rodoviária internacional entre Brasil e Argentina, firmado entre COMAB, Impregilo S.p.A, Iglys S.A., CIGLA S.A e CONVAP S.A.

### 3.3.4 ARBITRAGEM AD HOC

Nessa espécie de arbitragem as partes se reservam o direito de prever todas as etapas da arbitragem e os seus procedimentos.

As partes poderão fixar inicialmente, na própria cláusula compromissória, todos os passos da arbitragem ou poderão, como no exemplo dado no item anterior, fazer apenas menção à solução de seus litígios pela via arbitral e deixar para uma etapa posterior, normalmente quando surja o litígio, a confecção dos termos da arbitragem, documento denominado “compromisso”.

Por serem as partes as responsáveis pela arbitragem *ad hoc*, do início ao fim, devem prever no compromisso ou na cláusula a definição dos litígios passíveis de serem submetidos à arbitragem, a constituição do tribunal (número de árbitros, forma de apontamento e designação, formas de substituição de árbitros em caso de impedimento ou impossibilidade absoluta como morte, doenças, etc.), indicação do direito aplicável, local e sede da arbitragem, língua, questões de procedimento (audiências, recepção de documentos, manejo dos documentos, prazo de apresentação, espécies admitidas, etc.), como será feita a sentença, prazos<sup>357</sup>, enfim, todas as regras para que a arbitragem possa lograr a sua finalidade com êxito, solucionando os litígios.

Salvo grande experiência das partes no manejo da arbitragem, a arbitragem *ad hoc* é bastante complexa. Em primeiro lugar, porque as partes devem ter em mente todos os momentos de uma arbitragem e fixar regras claras para cada um deles e, em segundo lugar, se o compromisso for deixado para o momento do litígio, pode ser que as partes encontrem grandes dificuldades em acordá-lo ou conseguir sua realização, vez que aquela que não tenha ânimos para ver o litígio em um tribunal arbitral poderá lançar mão de meios dilatórios das mais diversas sortes para adiar o quanto possível a sua confecção.

### 3.3.5 ARBITRAGEM INSTITUCIONAL

---

<sup>357</sup> STRENGER, Irineu. *Arbitragem comercial internacional*. São Paulo: LTr, 1996, p. 129.

A arbitragem pode ser ainda institucional, fazendo as partes menção a regras de uma instituição de arbitragem ou escolhendo uma determinada instituição como o tribunal arbitral para a solução de controvérsias.

Dessa forma, em ocorrendo o litígio, as partes automaticamente se dirigirão ao centro de arbitragem escolhido, levando seus pleitos, e iniciarão a arbitragem de acordo com as regras preestabelecidas por aquele instituto.

Tendo havido somente menção à utilização das regras de uma instituição determinada, as partes iniciarão e procederão a arbitragem de acordo com as regras definidas, sem necessidade de efetuar um compromisso arbitral com todas as etapas a serem seguidas.

Existem inúmeras instituições arbitrais em todo o mundo, nacionais e internacionais, sendo as mais conhecidas a Corte de Arbitragem da Câmara Internacional de Comércio (CCI), em Paris, a Associação Americana de Arbitragem (AAA), a Corte Internacional de Arbitragem de Londres (London Court) e o Instituto de Arbitragem de Estocolmo<sup>358</sup>.

### 3.3.6 OS PODERES DO ÁRBITRO EM ADAPTAR O CONTRATO

O poder de adaptação do contrato pelos árbitros divide a doutrina. Alguns doutrinadores vêem esse poder como decorrente da *lex arbitri*<sup>359</sup> e, supletivamente, da lei substantiva aplicável. Trazemos, nesse sentido, as palavras de Frick:

Em nossa opinião, a possibilidade de adaptação contratual depende da lei substantiva aplicável bem assim as regras da *lex arbitri*. Se a *lex arbitri* não permite adaptação ao passo que a lei substantiva admite, qualquer adaptação tem um mero

<sup>358</sup> Alguns outros importantes centros de arbitragem internacional: International Center for the Settlement of disputes (World Bank); International Council for Commercial Arbitration; Permanent Court of Arbitration; World Intellectual Property Organization, Arbitration and Mediation Center-WIPO.

<sup>359</sup> *Lex arbitri*: refere-se ao “Arbitration Act” no lugar da arbitragem, aquelas provisões legais que regulam a arbitragem internacional [...] não deve ser confundido com o Código de Procedimento Civil ou leis similares do lugar da arbitragem que não são aplicáveis à arbitragem internacional” (BLESSING, Marc. **Regulation in arbitration rules on choice of law.** Planning efficient arbitration proceedings. The law applicable in international arbitration. Hague: Kluwer Law International, 1996, p. 391) (Lex arbitre refers to the “Arbitration Act” at the place of arbitration, those legal provisions which regulate international arbitration [...] the term should not be confused with the Code of Civil Procedure or similar laws at the place of arbitration which are not as such applicable in international arbitration).

efeito contratual, não resultando em sentença arbitral executável. E se a lei arbitral proíbe a adaptação, qualquer possibilidade de adaptação pela lei substantiva se torna inútil. [...] em outras palavras, a adaptação contratual pelos árbitros em forma de sentença arbitral executável requer que a *lex arbitri* não restrinja o poder dos árbitros a esse respeito e, adicionalmente, que a lei substantiva aplicável permita tal adaptação sob certas condições<sup>360</sup>.

Para alguns estudiosos, como Maurício Almeida Prado, a validade da adaptação pelos árbitros varia de um sistema jurídico a outro:

Nós podemos extrair desse debate que a validade jurídica desse tipo de intervenção dos árbitros varia de um sistema jurídico a outro em função do que cada sistema considera como litígio, adaptação do contrato, função jurisdicional do árbitro e arbitragem. Ainda que se tenha constatado uma tendência da doutrina na direção da aceitação de uma tal missão, a questão não está, no entanto, inteiramente decidida, de sorte que uma sentença arbitral que proceda à adaptação do contrato corre o risco de ver sua validade contestada<sup>361</sup>.

Existem ainda opiniões, como a de Robert Brenier, no sentido de que a adaptação contratual decorre, primeiramente, da vontade das partes, materializada por uma cláusula contratual admitindo a intervenção dos árbitros nesse sentido e posteriormente por intermédio das leis:

O árbitro deve primeiramente dar efeito à vontade das partes quando as partes expressamente previram a possibilidade de adaptar seu contrato (o que normalmente só ocorre em contratos a longo termo).

<sup>360</sup> "In our opinion, the possibility of contract adaptation depends on applicable substantive law as well as on the rules of the *lex arbitri*. If the *lex arbitri* does not allow adaptation while applicable substantive law allows so, any adaptation has a mere contractual effect, not resulting in an enforceable arbitral award. And if the *lex arbitri* prohibits adaptation, any possibility of adapting provided by the substantive law becomes useless.

[...]In other words, contract adaptation by arbitrators in form of an enforceable arbitral award requires that the *Lex arbitri* does not restrict the arbitrators power in this respect, and additionally, that the applicable substantive law allows such adaptation under certain conditions" (FRICK, Joachim G. **Arbitration and complex international contracts**. Haia: Kluwer Law International, 2001, p.193).

<sup>361</sup> "Nous pouvons extraire de ce débat que la validité juridique de ce type d'intervention des arbitres varie d'un système juridique à l' autre en fonction de ce que chaque système considère comme litige, adaptation du contrat, fonction juridictionnelle de l' arbitre et arbitrage. Bien que l' on ait constaté une tendance de la doctrine vers l'acceptation d'une telle mission (129), la question n'est pas pour autant tranchée intégralement, de sorte qu'une sentence arbitrale qui procede à l'adaptation du contrat court le risque de voir sa validité contestée" (PRADO, Maurício Almeida. **Le hardship dans le droit du commerce international**. Paris: FEC, 2003, p. 160-161).

Se as partes não expressaram nenhuma vontade, o árbitro deverá olhar a *lex arbitri* e averiguar se as proibições impostas se aplicam ou não ao contexto do caso em jogo. A resposta normalmente será negativa.

Em um terceiro passo, o árbitro deverá examinar as previsões da *lex contractus* para estabelecer se e em que medida ele foi autorizado a adaptar o contrato.

Se as partes não acordaram na *lex contractus*, o árbitro deverá decidir a fim de determinar se as condições de adaptação estão presentes<sup>362</sup>.

Estamos de acordo com essa classificação e vemos o ponto fundamental da adaptação contratual na vontade das partes, pelo que insistimos ser a menção expressa da possibilidade de adaptação do contrato pelas partes e, em caso de insucesso, pelos árbitros, cláusula de suma importância nos contratos.

### 3.3.6.1 Adaptação por meio da “Amiable Composition”<sup>363</sup>

A cláusula arbitral, pela qual as partes conferem à arbitragem o poder de dirimir seus conflitos, pode também atribuir ao árbitro o poder de atuar como “amiable compositeur”.

Alguns autores, como Mauricio Almeida Prado, vêem a atuação do *amiable compositeur* como estando largamente sustentada pelos princípios de equidade e de boa-fé<sup>364</sup>, e por isso dizem-na equivalente à expressão *ex aequo et bono*.

Peter Wolfgang traz o argumento de alguns autores que vêem diferenças substanciais entre *amiable composition* e equidade:

<sup>362</sup> “The arbitrator shall first give effect to the will of the parties where the parties expressly provided for the possibility to adapt their contract (which usually only occurs in long term contracts).

If the parties have not expressed any will, the arbitrator shall look to the *lex arbitri* and ascertain whether or not the prohibitions imposed by the *lex arbitri* apply in the context of the international arbitration case at stake. The answer will usually be negative. 370/371

In a third step, the arbitrator shall examine the provisions of the *lex contractus* to establish if and to what extent he is empowered to adapt a contract.

Where the parties have not agreed on the *lex contractus*, the arbitrator shall determine it in order to ascertain whether the conditions of adaptation are met [...]” (BRINER, Robert. **Special considerations which may affect the procedure (interim measures, amiable composition, adaptation of contracts, agreed settlements)**. Planning efficient arbitration proceedings. The law applicable in international arbitration. International Council for Commercial Arbitration. Congress Series n. 7. Haia: Kluwer Law International, 1996, p. 370-371).

<sup>363</sup> “Amiable Composition” pode ser traduzida como “amigável composição”.

<sup>364</sup> PRADO, Mauricio Almeida. Ob. cit., p. 161.

Para diversos autores, *amiable composition* não significa necessariamente igualdade. Foi sugerido que o poder de decidir *ex aequo et bono* corresponde ao conceito de equidade, enquanto o poder de decidir como *amiable compositeur* pode refletir a idéia de transigência. Isso significaria que o *amiable compositeur* pode tentar encontrar uma solução prática, aceitável para ambos os lados. A idéia subjacente é que essa transigência possa ser bem diferente da decisão que normalmente seria tomada se padrões de lei ou equidade fossem aplicados<sup>365</sup>.

A proposição traz a idéia de que *amiable composition* estaria vinculada a transigência, concordância, enquanto julgar *ex aequo et bono* seria aplicar princípios de equidade.

Para dirimir essa dúvida, achamos importante citar alguns significados da palavra “transigir” (*compromise*) e também do termo “equidade” (*equity*):

Transigir: fazer concessões recíprocas, de forma a ajustar, a terminar um litígio<sup>366</sup>.

Transigir: fazer uma transação, chegar a um acordo por meio de concessões de parte a parte; conciliar. 2. pôr fim a ou evitar (litígio, demanda), mediante uma reciprocidade de concessões ou de renúncias das partes envolvidas. 3. não resistir (a); ceder, concordar, temporizar [...] 4. ser transigente, tolerante; condescender [...]<sup>367</sup>.

Equidade: apreciação, julgamento justo. 1.1 respeito à igualdade de direito de cada um, que independe da lei positiva, mas de um sentimento do que se considera justo, tendo em vista as causas e as intenções. *cf. justiça*. 2. virtude de quem ou do que (atitude, comportamento, fato, etc.) manifesta senso de justiça, imparcialidade, respeito à igualdade de direitos <a.e. de um juiz> <a.e. de um julgamento>. 3. correção, lisura na maneira de proceder, julgar, opinar, etc.; retidão, equanimidade, igualdade, imparcialidade<sup>368</sup>.

<sup>365</sup> “For several authors, *amiable composition* does not necessarily mean equity. It has been suggested that the power to decide *ex aequo et bono* corresponds to the concept of equity, while the power to decide as *amiable compositeur* reflects the idea of compromise. This would mean that the *amiable compositeur* may attempt to find a practical solution, acceptable to both sides. The underlying idea is that this compromise could be very different from the decision which would normally be made if standards of law or equity were to be applied [...]” (PETER, Wolfgang. *Arbitration and renegotiation of international investment agreements*. 2. ed. Haia: Kluwer Law International, 1995, p. 266).

<sup>366</sup> “Transiger: faire des concessions réciproques, de manière à régler, à terminer un différend” (Les Dictionnaires Robert. V.II- Montreal: **Dictionnaire Le Robert**, 1983).

<sup>367</sup> HOUAIS, Antonio; VILLAR, Mauro Salles. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

<sup>368</sup> HOUAISS, Antonio. Ob. cit. 2001.

Eqüidade: maneira de resolver os litígios fora das regras do direito, segundo critérios como a razão, a utilidade, o amor pela paz, a moral. Ex.: os árbitros, os juízes podem decidir em eqüidade quando as partes lhes tiverem conferido os poderes de “*amiable compositeurs*” [...] <sup>369</sup>.

Eqüidade: eqüidade, justiça natural; moderação no rigor da lei <sup>370</sup>.

Nota-se que não são vocábulos sinônimos, mas, sim, complementares, pelo que consideramos que o poder do *amiable compositeur* em transigir engloba o conceito *ex aequo et bono*, sendo possível somente se este estiver imbuído de eqüidade, que é o que lhe permite afastar uma regra de direito para resolver o litígio conciliando os interesses das partes.

Esse poder de afastar o direito, como bem ressalta João Bosco Lee, é da liberdade do “*amiable compositeur*”, desde que respeite a ordem pública <sup>371</sup>.

Na contratação internacional, na sua maioria, e nas leis contratuais de grande parte dos países, para que um árbitro possa atuar como “*amiable compositeur*”, deve haver a expressa menção das partes conferindo-lhe esse poder.

É dessa forma na lei algeriana, informação que nos é trazida na obra de Abdul El-Ahdab:

A lei algeriana distingue entre arbitragem propriamente e “*amiable composition*” e estipula que os árbitros devem decidir de acordo com a lei, a menos que o acordo para arbitrar lhes confie o poder de “*amiable compositeurs*” <sup>372</sup>.

Jean Delacollette, em sua obra sobre contratação internacional, afirma que a cláusula compromissória é o local para se estabelecer o poder de *amiable compositeur* aos árbitros:

<sup>369</sup> “Manière de résoudre les litiges en dehors des règles du droit, selon les critères tels que la raison, l’utilité, l’amour de la paix, la morale. Ex. Les arbitres, les juges peuvent statuer en équité lorsque les parties leur ont conféré des pouvoirs d’*amiables compositeurs*” (CORNU, Gerard. **Vocabulaire juridique**. 4. ed. Paris: Presses Universitaires de France, 2003).

<sup>370</sup> MORAIS, Armando. Dicionário de Inglês-Português. Coimbra: Porto, 1966.

<sup>371</sup> LEE, João Bosco. **Arbitragem comercial internacional nos países do Mercosul**. Curitiba: Juruá, 2002, p. 118.

<sup>372</sup> “Algerian law distinguishes between arbitration proper and ‘*amiable composition*’ and provides that the arbitrators must decide according to the law, unless the agreement to arbitrate entrusts them with the power of ‘*amiable compositeurs*’” (EL-AHDAB, Abdul Hamid. **Arbitration with the arab countries**. 2. ed. Haia: kluwer Law International, 1999, p. 70).

A cláusula compromissória, que não determinou o direito aplicável ao contrato, pode conceder aos árbitros o poder de “*amiable compositeurs*”.

Esses poderes, de natureza excepcional, permitem aos árbitros afastar as regras do direito aplicável, como os usos comerciais, e se referir à equidade [...] <sup>373</sup>.

Esses poderes de *amiable compositeur* “encontram limites na ordem pública e nos comandos que as partes tenham eventualmente dado nesse sentido” <sup>374</sup>.

Na América do Sul, ressalvado o caso brasileiro, e ao contrário da solução consagrada no direito comparado, segundo os estudos de João Bosco Lee, “na ausência de acordo entre as partes, o árbitro tem o poder de julgar em equidade” <sup>375</sup>.

Com esse poder de afastar o direito e decidir o litígio em equidade, seja este conferido pelas partes ou pelas regras legais, resta-nos saber se podem os “*amiabes compositeurs*” proceder, com base nos princípios de equidade e boa-fé, à adaptação contratual.

Predomina nas decisões jurisprudenciais, segundo Charles Jarrosson, pouco entusiasmo para reconhecer ao *amiable compositeur* o poder de revisar os contratos <sup>376</sup>.

A decisão prolatada na sentença da CCI de 1981, no caso nº 3.327, demonstra a correção da manifestação de Charles Jarrosson:

O recurso à “*amiable composition*” não saberia autorizar o tribunal arbitral nem a sair do campo do litígio [...] nem, enfim, a proceder a uma revisão do contrato <sup>377</sup>.

Em outra decisão da CCI, no caso 2.694, de 1978, dá-se igual posicionamento:

<sup>373</sup> “La clause compromissoire, qui n'a pas à préciser le droit applicable au contrat, peut accorder aux arbitres des pouvoirs d'*amiabes compositeurs*.  
Ces pouvoirs, de nature exceptionnelle, permettent aux arbitres de s'écarter des règles du droit applicable, comme des usages commerciaux, et de s'en remettre à l'équité” (DELACOLLETTE, Jean. **Les contrats de commerce internationaux**. 3. ed. Paris: DeBoeck, 1996, p. 175).

<sup>374</sup> “[...] Bien entendu, ces pouvoirs trouvent leurs limites dans l'ordre public (133) et dans les commandements que les parties ont éventuellement donné à cet égard” (PRADO, Maurício Almeida. Ob. cit., p. 161).

<sup>375</sup> LEE, João Bosco. Ob. cit., p. 116-117.

<sup>376</sup> JARROSSON, Charles. **La notion d'arbitrage**. Paris: Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, 1987, p. 315.

<sup>377</sup> “Le recours à l'*amiable composition* ne saurait autoriser le tribunal arbitral ni à sortir du cadre du litige [...] ni enfin à procéder à une révision du contrat” (affaire n. 3.327, CCI, 1981 – citado na obra de JARROSSON, Charles. Ob. cit., p. 315).

Ainda que em sua qualidade de “*amiables compositeurs*” [...] não pertence aos árbitros proceder a um novo equilíbrio contratual<sup>378</sup>.

Charles Jarrosson concorda com esse ponto de vista, qual seja, a não-possibilidade de adaptação contratual pelos *amiable compositeurs*: “A cláusula de *amiable composition* é certamente uma disposição contratual, mas não está em sua natureza ser uma cláusula de adaptação”<sup>379</sup>.

Na compreensão de doutrinadores como Marcel Fontaine e Charles Jarrosson, há possibilidade de o *amiable compositeur* adaptar o contrato somente se for essa a intenção das partes, não estando dentro das atribuições dos árbitros se assim não estatuíram os litigantes.

Permitimo-nos discordar desse ponto de vista em razão do fundamento da *amiable composition*.

Esta, conforme já dissemos, baseia-se nos princípios de equidade e boa-fé, que são conceitos extremamente subjetivos, cujo significado vai depender da compreensão individual.

No caso do *amiable compositeur*, pode estar dentro de seu entendimento acreditar que a alteração do contrato seja o instrumento capaz de determinar a equidade, a justiça para os litigantes.

Há alguns entendimentos da Corte de Paris nesse sentido. Vejamos abaixo o resumo de um exemplo.

Em um caso submetido à Corte de Paris em 14 de janeiro de 1977, a parte demandava sobre uma arbitragem em que o árbitro, *amiable compositeur*, tinha, em vista do contrato e das circunstâncias, decidido reduzir o montante de crédito moderando a aplicação de uma cláusula de garantia. O credor (reclamante), descontente, levou o caso à Corte acusando o árbitro de ter mal compreendido sua missão. A Corte de Paris não deu guarida a essa demanda, ressaltando que o procedimento do árbitro deu-se de acordo com a sua concepção de equidade e, portanto, não teria desnaturado a convenção das partes, nem excedido a seus

<sup>378</sup> “[...] même en leur qualité d’*amiables compositeurs*...il n’appartient pas aux arbitres de procéder a un nouvel équilibrage contractuel” (affaire 2694, CCI, 1978. Citado na obra de JARROSSON, Charles. Ob. cit., p. 315).

<sup>379</sup> “[...] la clause d’*amiable composition* est certes une disposition contractuelle, mais il n’est pas dans sa nature d’être une clause d’adaptation [...]” (JARROSSON, Charles. Ob. cit., p. 313).

poderes de *amiable compositeur*, e, assim, de nenhuma forma teria violado regra de ordem pública<sup>380</sup>.

Depreende-se de tal decisão que, se as partes resolveram, de comum acordo, afastar o direito do campo de atuação dos árbitros, estendendo-lhes poderes de atuar de acordo com os seus critérios de justiça, devem ter ciência que entre esses critérios poderá estar a possibilidade de adaptação do contrato, para recompor-lhe o equilíbrio perdido e, assim, igualar os desníveis que levaram as partes ao desentendimento.

Se os contratantes não desejam correr esse risco, ao depositarem nos árbitros a responsabilidade de *amiabes compositeurs* deverão deixar categoricamente limitados os poderes que lhes são conferidos, aclarando que, qualquer seja sua decisão, não implicará a possibilidade de efetuar mudanças no contrato.

Com um entendimento similar, Roque Caivano discorre sobre a forma de atuação dos *amiabes compositeurs*:

Con relación a su forma de actuar, la libertad con que actúan los amigables componedores está referida a la exclusión de la rígida aplicación de preceptos jurídicos en un doble aspecto: el procedimiento y el sustento del laudo. En cuanto al primer supuesto, no obstante, esa libertad podrá ser restringida por las mismas partes, si acuerdan someterse a ciertas reglas, sea que específicamente las dicten para el caso, o que se remitan a algunas ya existentes. En tal caso, esas normas serán obligatorias para los arbitradores. Con relación al segundo aspecto, la libertad de fallar conforme a la equidad prescindiendo de las soluciones del derecho de fondo, forma parte de la esencia misma de la amigable composición. Si se los constriñe a aplicar las normas positivas que rigen el caso, no estaremos en presencia de amigables componedores, sino de árbitros *iuris*.<sup>381</sup>

Não havendo restrições impostas pelos principais interessados, e desde que obedeçam aos princípios de equidade e justiça, acreditamos que os *amiable compositeurs* são livres para adaptar os contratos, o que é parte de suas funções.

<sup>380</sup> Caso “Les fils Montsouris contra Consortium Pathé” (JARROSSON, Charles. Ob. cit. p. 317).

<sup>381</sup> CAIVANO, Roque J. *Arbitraje*. 2. ed. Buenos Aires: Ad Hoc, 2000, p. 74.

### 3.3.7 O RETORNO À RENEGOCIAÇÃO E ADAPTAÇÃO PELAS PARTES DURANTE A ARBITRAGEM

Ainda que as partes tenham escolhido a arbitragem como forma de solução de seus conflitos, nada impede que, no curso desta, seja qual for o modo de arbitragem adotado, as partes resolvam voltar a negociar por si mesmas, paralisando a arbitragem e obtendo sozinhas a adaptação.

Muitas vezes, o fato de o litígio ter chegado a uma instância capaz de resolvê-lo, sem influência dos litigantes, poderá fazer com que o bom senso retorne às partes e que estas resolvam tentar novamente a negociação, por si mesmas, ou solicitando ao tribunal a designação de um conciliador ou um mediador.

Eugene Lynch, Barry Reed, Douglas Young, Stephen Taylor, Jonathan Purver e James J. Davis III são o suporte de nossa afirmação:

Apesar de que a maioria dos acordos ocorra antes do julgamento ou arbitragem, negociações nem sempre terminam com o começo de um julgamento ou arbitragem. Efetivamente, mesmo depois de um veredicto ou sentença arbitral, negociações para acordo podem continuar<sup>382</sup>.

Caso, durante a negociação, as partes, por si mesmas, cheguem a uma decisão, podem tê-la confirmada em sentença arbitral pelo tribunal. É o que estatuem as regras de arbitragem CCI:

Artigo 26. Sentença por consentimento

Se as partes chegarem a um acordo depois que o dossiê tenha sido transmitido ao Tribunal Arbitral, de acordo com o artigo 13, o acordo deverá ser consignado na forma de uma sentença feita pelo consentimento das partes se assim requisitado pelas partes e se o Tribunal Arbitral concordar em assim proceder<sup>383</sup>.

<sup>382</sup> "Although most settlements occur prior to trial or arbitration, negotiations do not always end with the commencement of trial or arbitration. Indeed, even after the trial verdict or arbitration award, settlement negotiations may continue" (LYNCH, Eugene F.; REED, Barry C.; YOUNG, Douglas R.; TAYLOR, Stephen E.; PURVER, Jonathan M.; DAVIS III, James J. **Negotiation and settlement**. New York: Lawyers Cooperative Publishing, 1992, p. 180, § 7:14).

<sup>383</sup> "ARTICLE 26. AWARD BY CONSENT. If the parties reach a settlement after the file has been transmitted to the Arbitral Tribunal in accordance with Article 13, the settlement shall be recorded in the form of an Award made by consent of the parties if so requested by the parties and if the Arbitral Tribunal agrees to do so" (ICC publication n. 581. Rules of Arbitration. International Court of Arbitration. Paris: ICC, 1999).

Verifiquemos essa possibilidade em uma sentença arbitral do ICSID, proferida em uma arbitragem cujas partes envolvidas eram Joseph Charles Lemire contra Ucrânia<sup>384</sup>.

Joseph Lemire, em virtude de desavenças a respeito de obstáculos impostos pelo governo da Ucrânia em investimentos feitos naquele país (estação de rádio, canais de TV, salões de beleza), propôs arbitragem em 1997.

Em 1998, as partes escolhem seus árbitros, um para cada parte, e estes, em conjunto, decidem-se pelo terceiro árbitro.

O solicitante da arbitragem apresentou seu pedido à Corte, e a Ucrânia, em resposta, objetou a competência do tribunal arbitral.

Em 1999, contudo, o solicitante da arbitragem manda um convite ao ministro da Ucrânia para tentar um acordo amigável a seus problemas. Diante disso, o tribunal arbitral suspende seus trabalhos até junho de 2000, aguardando a decisão das partes.

Em março de 2000, as partes finalmente chegam a um acordo para finalizar a disputa e requerem ao tribunal seja este acordo transformado em sentença arbitral, finalizando, assim, os procedimentos arbitrais.

A sentença contemplou os detalhes do acordo entre as partes, limitando-se a relatá-lo. Entre as facilidades que foram concedidas reciprocamente, havia o dever das partes de agir de acordo com a boa-fé e negociação justa em negócios internacionais e a desistência de quaisquer reclamações futuras sobre os pontos acordados.

### 3.3.8 AS VANTAGENS DA ARBITRAGEM

De um modo geral, ainda que tenha exceções, a arbitragem apresenta grandes vantagens em relação ao procedimento judicial, ao ponto de autores como Joachim Frick afirmarem que litigar não é alternativa séria para a arbitragem<sup>385</sup>.

---

<sup>384</sup> International Centre for Settlement Disputes – ICSID. Decisão nº ARB (AF)/ 98/1. (Disponível em: <<http://www.unilex.info/dynasite.cfm?dssid=2377&dsmid=13619>>. Acesso em: 22 fev. 2004).

<sup>385</sup> FRICK, Joachim G. **Arbitration and complex international contracts**. Haia: Kluwer Law International, 2001, p. 7.

Normalmente, é um modo mais célere de solução de litígios, e as partes podem, com um pouco de boa vontade, conseguir uma adaptação contratual rápida, sobretudo se comparada à submissão de um caso solicitando adaptação contratual, controversa em sua possibilidade, às cortes abarrotadas de processos.

Além do mais, os árbitros são profissionais técnicos especializados, escolhidos pelas partes, opção que estas não terão nas cortes estatais.

A maior ressalva à escolha da arbitragem é o seu custo, que pode ser elevado e é preciso que as partes estejam preparadas para arcar com estes.

Em um julgamento tradicional feito pelas cortes, apesar de as partes terem que arcar com as custas judiciais, os salários dos juízes são pagos pelos Estados aos quais pertencem, mas na arbitragem o pagamento dos árbitros é feito pelas partes. Suas despesas de transporte e hospedagem podem estar por conta das partes, além dos honorários de advogados que terão que atuar diante do tribunal.

Quanto mais demorar a arbitragem, maiores serão os valores que as partes terão que despender e, como é bastante difícil uma previsão concreta do tempo necessário para o término de uma arbitragem, os contratantes, ao pactuarem a arbitragem, deverão estar cientes desse risco.

Contudo, se as partes quiserem realmente solucionar de vez seus problemas, estabelecer a arbitragem como forma adequada para tal e colaborar da melhor maneira possível para que essa se desenrole sem percalços, será muito mais econômico do que aguardar anos por uma decisão judicial estatal, que poderá ser prolatada por juízes sem conhecimento de causa, que provoquem maiores danos pelo retardo na decisão e pelo despreparo para julgar questões internacionais.

## **3.4 ADAPTAÇÃO PELO JUIZ**

### **3.4.1 INTRODUÇÃO**

Mencionamos ao longo desse trabalho que diversas são as razões para que as partes venham a renegociar um contrato e adaptá-lo durante a sua execução, e também várias são as formas pelas quais isso pode ocorrer.

Acreditamos que a forma mais rápida, econômica e racional para proceder à adaptação de um contrato é pela sua renegociação pelos próprios interessados, retornando estes à mesa de negociações, abandonada no momento da conclusão do contrato, para encontrar soluções justas e equitativas, que permitam a continuação de seus negócios.

Para que ocorra essa negociação entre as partes, basta a vontade delas nesse sentido, ou, na sua falta, a existência de disposições contratuais aptas a obrigar os contratantes a rever seu pactos.

A obrigação de renegociação contratual, quando ocorre sem que todos os participantes de um contrato tenham vontade de fazê-lo, em virtude de disposição expressa, nem sempre resultará em uma adaptação, podendo gerar, antes de tudo, uma inimizade eterna entre os contratantes.

Nada existe em termos racionais ou legais que possa obrigar as partes a chegar a um acordo, podendo, no máximo, forçá-las a assumir posições de negociadores de má vontade, que utilizem todos os recursos possíveis para ver o malogro dos esforços da outra parte.

Sobretudo quando alterações contratuais que demandam adaptação para o retorno à normalidade tragam vantagem a uma das partes, dificilmente essa parte vai querer se engajar em debates para o retorno a um *status* anterior, mais desfavorável.

É nesse momento que o recurso ao Judiciário ou a outra forma de solução de conflitos pode ser a forma mais viável de se conseguir um reequilíbrio do contrato.

O recurso às cortes judiciais também pode ocorrer pela decisão das partes de escolherem um determinado sistema judiciário para solucionar seus problemas na falta de disposição contratual que o faça, e, ainda, nada existindo contratualmente, pode decorrer também da legislação adotada pelos contratantes.

Veremos cada uma dessas possibilidades.

#### **3.4.2 EXISTÊNCIA DE DISPOSIÇÃO CONTRATUAL PARA RENEGOCIAÇÃO E ADAPTAÇÃO, E RECUSA DAS PARTES EM FAZÊ-LO**

Inicialmente, havendo disposição contratual como uma cláusula *hardship*, as partes, por elas mesmas, deverão se encontrar e negociar as adaptações que devem ser realizadas em seus contratos<sup>386</sup>. Ninguém melhor que os próprios interessados para saber quais são as suas necessidades e possibilidades.

Conforme mencionado anteriormente, nem sempre isso é possível, pois pode ocorrer que uma das partes não possua o menor desejo de ver o contrato revisado e modificado, enquanto, para a outra parte, sentindo-se prejudicada com as alterações sofridas, torna-se primordial adaptar o contrato para evitar graves prejuízos e até mesmo a sua ruína.

Sendo assim, e fazendo uso da obrigatoriedade de renegociar que prevê uma cláusula de *hardship*, a parte poderá recorrer ao Judiciário na tentativa de obrigar seu oponente a entabular negociações.

Obrigar alguém a negociar não nos parece muito sábio. Certamente aquele que foi levado às negociações fará tudo para que essas não sejam bem-sucedidas, do ponto de vista da parte que as propôs.

A existência de uma cláusula dispondo sobre procedimentos de renegociação e adaptação negada por uma das partes poderá deixar entrever às partes a possibilidade de recorrer ao Judiciário, para que este proceda diretamente à adaptação contratual, de acordo com o prescrito na cláusula, conforme assevera Mohammed Boughaba:

[...] a recusa manifesta e injustificada de admitir a existência de “hardship” poderia dar lugar à responsabilidade da parte contra a qual a cláusula foi invocada. Com efeito, a parte que se estima lesada pode demandar pela via judiciária a readaptação do contrato aos termos da cláusula prevista, bem como perdas e danos<sup>387</sup>.

De acordo com a interpretação de Jorge Mosset Iturraspe, Enrique Falcon e Miguel Piedecabras, na apreciação judicial, de acordo com dispositivos

<sup>386</sup> OPPETIT, Bruno. *L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances: la clause de “hardship”*. Paris: Clunet, 1974, p. 808.

<sup>387</sup> “[...] le refus manifeste et injustifié d’admettre l’existence du “hardship” pourrait engager la responsabilité de la partie contre laquelle la clause a été invoquée. En effet, la partie qui s’estime lésée peut demander par voie judiciaire la réadaptation du contrat aux termes de la clause prévue, ainsi que des dommages et intérêts” (BOUGHABA, Mohammed. *Les clauses d’adaptation économique et monétaire dans les contrats privés internationaux*. Thèse de doctorat. Lausanne: Huber Druck AG, 1984, p. 286).

contratuais, caberá ao juiz interpretar a vontade das partes, manifestada na redação do contrato:

El juez debe establecer, frente a la demanda de revisión, lo que las partes hubieran convenido si al tiempo de contratar hubieran previsto el cambio de circunstancias. -Repárese en que no se pide al juez:

- Que haga un nuevo contrato;

- que logre el equilibrio perfecto frente a los hechos nuevos.

Se le pide que interprete la voluntad de las partes, lo que ellas hubieran convenido, la intención común<sup>388</sup>.

O juiz não precisará, no caso, recorrer a qualquer outra legislação que não seja a cláusula invocada pelas partes e interpretá-la; contudo, deverá verificar se a situação concreta que levou à solicitação de revisão é pertinente.

### 3.4.3 ESCOLHA DAS CORTES PARA DIRIMIR CONTROVÉRSIAS

Em contratos internacionais, há uma tendência crescente em escolher a via arbitral para a solução das possíveis controvérsias que possam ocorrer durante a execução do contrato.

Nada impede, contudo, que a via judicial seja escolhida pelas partes para socorrê-las no caso de divergência.

#### 3.4.3.1 A Escolha do Foro

A escolha da lei aplicável não implica a escolha do foro para dirimir as questões contratuais. Pode-se perfeitamente escolher uma determinada lei e dar competência a um foro diferente<sup>389</sup>.

No mesmo sentido, se pronuncia José Maria Rossani Garcez:

De acordo com a doutrina da aceitação das estipulações contratuais decorrentes da vontade das partes, podem estas escolher a jurisdição de um Estado para aplicar a legislação

<sup>388</sup> ITURRASPE, Jorge Mosset; FALCÓN, Enrique M.; PIEDECASAS, Miguel A. **La frustración del contrato y la pesificación**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2002, p. 122.

<sup>389</sup> BLANCO, Dominique. Ob. cit., p. 181.

material de outro, ou a sentença proferida pela corte de um Estado vir a ser homologada em outro Estado soberano<sup>390</sup>.

De regra, em direito internacional, é permitida às partes a escolha do foro para dirimir as controvérsias oriundas de seus contratos, conforme inferimos do texto de Dominique Blanco:

O negociador internacional vai poder proceder a uma escolha dos tribunais nacionais aos quais ele queira ver submetidas as diferenças contratuais que possam nascer. Geralmente, é reconhecido que essa liberdade de escolha existe em matéria de contratos internacionais, mesmo se, às vezes, certas jurisdições designadas contratualmente recusem a se reconhecer competentes pelo motivo que o objeto do litígio não tem realmente uma ligação com o país em causa, especialmente se seu direito, não é, além do mais, aplicável. Mas tal cláusula, dita de “prorrogação de competência” é universalmente bastante válida, mesmo se ela acarreta problemas no âmbito dos Estados (imunidade de jurisdição e de execução), modalidades práticas (existência ou não de convenções de cooperação mútua judiciária), ou simplesmente problemas lingüísticos (os tribunais nacionais exigem o processo em sua língua nacional)<sup>391</sup>.

### 3.4.3.2 Fórum *Shopping*

A possibilidade de escolha do foro pode levar ao que se chama em direito internacional de *forum shopping*, a escolha de um foro aplicável que será mais favorável para as partes ou para a parte que escolheu um determinado sistema legislativo, ou ainda que seja mais flexível.

As razões para o *forum shopping* foram definidas por Jacques El-Hakin:

<sup>390</sup> GARCEZ, José Maria Rossani. **Contratos internacionais comerciais**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 67.

<sup>391</sup> “Le négociateur international va pouvoir procéder à un choix des tribunaux nationaux auxquels il entend voir soumettre les différends contractuels qui pourraient naître. Il est généralement reconnu que cette liberté de choix existe en matière de contrats internationaux, même si, parfois, certaines juridictions contractuellement désignées refusent de se reconnaître compétentes au motif que l'objet du litige n'a véritablement aucun lien avec le pays en cause, spécialement si son droit n' est, au surplus, pas applicable. Il reste qu'une telle clause, dite de « **prorogation de compétence** », est très universellement valable, même si elle pose parfois des problèmes au niveau des États (immunité de juridiction et d'exécution), des modalités pratiques (existence ou non de conventions d'entraide judiciaire), ou tout simplement des problèmes linguistiques (les tribunaux nationaux exigeant une procédure dans leur langue nationale)” (BLANCO, Dominique. Ob. cit., p. 54).

Em certos países, os tribunais competentes em matéria de domicílio, de trabalho, de transporte ou de direitos da pessoa estão submetidos a regras mais flexíveis regendo o procedimento ou a prova. A decisão emitida por esses tribunais [...] permite levar em consideração as situações de fato e os imperativos de equidade<sup>392</sup>.

Caso apenas uma das partes tenha decidido pela lei, escolhendo, assim, também um foro específico, pode ocorrer que tenha em mente vantagens sobre a outra parte em um momento de litígio, pois é natural que “uma parte vai tentar litigar no país cujas leis lhe derem o “melhor negócio” – normalmente mais dinheiro ou uma forma mais fácil de consegui-lo”<sup>393</sup>.

O normal é que a parte mais forte no contrato, e quase sempre há uma que esteja nesta posição, tem interesse em impor uma cláusula de jurisdição designando tribunais de um país onde possa ter melhores relações ou sabe serão mais receptivos ao seu caso.

A legalidade do *forum shopping* é bastante debatida e também a sua moralidade.

Aceita-se com mais tranqüilidade a escolha do fórum quando esta é feita de forma conjunta pelas partes, e não como meio de obter vantagem imposta por uma delas<sup>394</sup>.

### 3.4.3.3 Cuidados ao Escolher o Foro

Ao escolher um foro, as partes devem ter também escolhido a legislação aplicável ao contrato ou regras claras para sua adaptação, pois, se não previram a possibilidade de adaptação e revisão, ou legislação que as admita, mas previram

<sup>392</sup> “Dans certains pays, les tribunaux compétents en matière de logement, de travail, de transport ou de droits de la personne sont soumis à des règles plus flexibles régissant la procédure ou la preuve. La décision rendue par ces tribunaux (dénommés, au Canada, « tribunaux administratifs ») permet de prendre davantage en considération les situations de fait et les impératifs d'équité” (EL-HAKIM, Jacques. Les modes alternatifs de règlement des conflits dans le droit des contrats. *Revue International de Droit Comparé*, ano 49, n. 2. Paris: Centre Français de Droit Comparé, avril-juin 1997, p. 351).

<sup>393</sup> “Naturally, a party will try to sue in the country whose laws give him the ‘best deal’ – usually more money or an easier way of getting it” (WILLIAMS, Richard; MARSH, William. Forum Shopping. A new lease of life? *International Business Lawyer*. V. 27. N. 7. julho-Agosto de 1999, p. 307).

<sup>394</sup> BELL, Andrew S. Jurisdiction and Arbitration agreements in transnational contracts. Part I. *Journal of Contract Law*. Adelaide: Butterworths. V. 10, nº 1., may 1996, p. 167.

o foro para dirimir seus conflitos, poderão estar sujeitas ao sistema legal indicado por aquele foro, e este pode não ser favorável à adaptação do contrato pelo juiz.

Na maioria dos casos, o juiz seguirá um sistema legal para intervir nos contratos, podendo ser este o do contrato ou, na falta deste, aquele que as regras de conexão de seu foro indicarem.

Peter deixa claro esse entendimento:

Um juiz solicitado a proferir uma decisão quanto à falha das partes em conseguir um acordo terá que recorrer à lei aplicável que determina a extensão de seu poder nesse respeito<sup>395</sup>.

Em alguns países, como França e Bélgica, por exemplo, há uma grande resistência do sistema judiciário em adaptar contratos e, mais comumente, isso ocorre em virtude da falta de amparo legal para tanto.

O princípio *pacta sunt servanda* ainda é muito forte em determinados sistemas jurídicos, não admitindo aos juízes a possibilidade de adaptar e rever termos criados pela vontade, que fazem lei entre as partes, salvo se essas mesmas dispuserem nesse sentido.

## 3.5 LEGISLAÇÕES NACIONAIS E POSSIBILIDADE DE ADAPTAÇÃO PELO JUDICIÁRIO

### 3.5.1 INTRODUÇÃO

A adaptação contratual é tema relativamente novo e bastante controverso, tanto para a doutrina como para a legislação e a jurisprudência de certos países.

Existem países<sup>396</sup> que, decidindo-se por um caminho moderno, promoveram modificações em suas legislações, admitindo a revisão ou adaptação dos contratos, usando para isso as mais diversas denominações

<sup>395</sup> “A judge being asked to issue a decision with regard to the failure of the parties to reach an agreement will have to turn to the applicable law that determines the extent of his power in this regard” (PETER, Wolfgang. *Arbitration and renegotiation of international investment agreements*. 2. ed. Haia: Kluwer Law International, 1995, p. 248).

<sup>396</sup> Exemplos de países citados: Alemanha, Itália, Portugal, Polônia e Suíça.

legais<sup>397</sup> e teorias existentes, como “imprevisão”, “revisão do contrato”, “bouleversement du contrat”, “Wegfall der Geschäftsgrundlage”, “eccessiva onerosità”, “presupposizione”, “frustration”, “força maior”, “*hardship*”, entre outras.

Outros Estados<sup>398</sup>, no entanto, permanecem firmes em seus propósitos de não aceitar a adaptação contratual, opondo-se a ela nas cortes e fazendo com que suas legislações continuem estáticas e não incorporem dispositivos nesse sentido.

Internacionalmente, algumas organizações como o Unidroit se aventuraram a tratar do tema, mas ainda com certa timidez.

Em geral, com raras exceções, parece-nos que as legislações dividem-se entre dois extremos: aquelas que admitem totalmente a adaptação e a revisão contratual e prevêm-na em seus sistemas jurídicos; e aquelas que rejeitam totalmente essas possibilidades em nome da santidade dos contratos ou da *pacta sunt servanda*<sup>399</sup>.

Veremos a seguir os dispositivos legais encontrados nas legislações que permitem a adaptação, bem assim soluções outras encontradas, ante a inexistência de regulamentação jurídica, para permitir a adaptação e a revisão contratual.

### 3.5.2 A ADAPTAÇÃO E A REVISÃO NA EUROPA

#### 3.5.2.1 França

Na França, a possibilidade de adaptação dos contratos encontra-se inserida na teoria da imprevisão e, tratando-se de contratação privada, alguns poucos casos isolados, específicos, com legislações delimitadas, foram considerados dentro desse princípio.

Para Philippe Stoffel-Munck, a teoria da imprevisão, à qual intitula “uma das mais belas serpentes do mar”, ganhou força no direito francês em virtude do

<sup>397</sup> DRAETTA, Ugo; LAKE, Ralph; NANDA, Ved P. **Breach and adaptation of international contracts: an introduction to lex mercatoria**. New Hampshire: Butterworth, 1992, cap. 6, item 6.3, parágrafo 4.

<sup>398</sup> Podemos citar como exemplo a França, a Bélgica, a Inglaterra e o México.

<sup>399</sup> DRAETTA, Ugo; LAKE, Ralph; NANDA, Ved P. Ob. Cit., cap. 6, item 6.3, parágrafo 6.

debate judicial sobre um contrato para a construção de um canal irrigatório, para terras cultivadas da comunidade de Pélissane.

O contrato citado, datado de 1567, foi efetuado com Adam Craponne, que se obrigou a construir o canal e a assegurar seu bom funcionamento, recebendo em contrapartida, dos proprietários das terras irrigadas, 15 centimes (moeda francesa) pela irrigação de cada 190 acres.

Com a passagem dos séculos, o valor do contrato tornou-se irrisório e o herdeiro de Craponne, Marquês de Galliffet, solicitou a reavaliação dos valores em juízo.

O Tribunal Civil e a Corte de Apelação de Aix-en-Provence aumentaram o valor para 60 centimes, decisão que foi duramente criticada.

Na Corte de Cassação, contudo, o pleito do Marquês não encontrou acolhida e, seguindo o art. 1.134 do Código Civil francês, a Corte decidiu que não cabia aos tribunais alterar a convenção entre as partes. Essa decisão, prolatada em 6 de março de 1876, ficou conhecida como “sentença do canal de Craponne”<sup>400</sup>.

Com essa decisão, a teoria da imprevisão ficou por longo tempo esquecida.

O tema da imprevisão foi retomado com o advento da Primeira Guerra Mundial, que abalou a economia mundial e teve sérias conseqüências sobre os contratos.

Se uma guerra, qual seja a sua magnitude, traz sempre conseqüências trágicas para aqueles que estão de alguma forma nela envolvidos, seja direta ou indiretamente, o que se pode esperar de uma guerra mundial? Todos conhecem os resultados e a história de destruição das grandes guerras. Pode-se imaginar, assim, com facilidade, a incidência que tiveram sobre os contratos e os impactos causados.

Em 1918, surge na França uma lei denominada “Failliot”<sup>401</sup>, que versa sobre efeitos imprevisíveis da guerra sobre os contratos.

A Lei Failliot destinava-se a regulamentar os contratos que sofreram influência da guerra e tinha as seguintes características:

---

<sup>400</sup> STOFFEL-MUNCK, Philippe. *Régards sur la théorie de l'imprévision*. Aix-Marseille: Presses Universitaires de Aix Marseille, 1994, p. 15-16.

<sup>401</sup> “Loi Failliot”. França, 21 de janeiro de 1918.

- a) aplicar-se aos contratos de duração que tivessem um caráter comercial ao menos para uma das partes e que tivessem sido concluídos antes de 1914 (art. 1º);
- b) a única circunstância levada em consideração pela lei era o estado de guerra (art. 2º);
- c) o efeito sobre o contrato deveria ter provocado cargas cuja importância ultrapassasse sensivelmente o que as partes pudessem razoavelmente prever na conclusão do contrato (art. 2º);
- d) foram previstas somente as possibilidades de resolução ou suspensão do contrato (art. 2º), ao contrário do que queria o autor da lei, que era a revisão;
- e) todo pedido deveria ser precedido de uma conciliação diante do presidente do tribunal, para permitir um novo acordo (art. 3º)<sup>402</sup>.

Essa lei teve efeito temporário, destinando-se somente ao período de guerra, trazendo sua vigência explicitamente adstrita àquele período. O seu art. 1º continha esta determinação:

Art. 1º. Durante a duração da guerra e até a sua expiração, por um prazo de três meses a partir da cessação das hostilidades, os dispositivos desta lei são aplicáveis [...] <sup>403</sup>.

Após a Primeira Guerra Mundial, a teoria da imprevisão na França continuou a ser rejeitada pela jurisprudência em virtude da disposição legal francesa, do art. 1.134 do Código Civil francês:

Art. 1.134  
As convenções legalmente formadas têm força de lei para aqueles que as fizeram.  
Elas não podem ser revogadas a não ser por consentimento mútuo, ou pelas causas autorizadas em lei.  
Elas devem ser executadas de boa fé<sup>404</sup>.

<sup>402</sup> PHILLIPPE Denis-M. **Changement de circonstances et bouleversement de l'économie contractuelle**. Bruxelles: Centre Interuniversitaire de Droit Comparé, 1986, p. 57.

<sup>403</sup> SIDOU, J. M. Othon. **A revisão judicial dos contratos e outras figuras jurídicas**. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 49.

<sup>404</sup> Article 1134. Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi. Code Civil Français. Disponível em: <<http://lexinter.net/Legislation/codecivil.htm>>. Acesso em: 14 maio 2004.

Para a jurisprudência, o artigo é regra cogente<sup>405</sup> e o contrato faz lei entre as partes, logo deve ser cumprido conforme foi pactuado. Para doutrinadores como Dennis M-Philippe, que defendem a possibilidade de revisão e adaptação contratual, estas se encontrariam implicitamente no terceiro parágrafo do artigo, que prescreve a execução das convenções de boa-fé, razão pela qual, diante de fatos imprevisíveis de conseqüências graves para uma das partes, para que houvesse um procedimento de “boa-fé”, dever-se-ia dar a revisão e o reequilíbrio dos termos.

Os partidários da imprevisão sustentam que a adaptação do contrato permite melhor repartir as conseqüências nefastas dos eventos catastróficos entre as partes, reduzindo os riscos de falência<sup>406</sup>.

A posição da doutrina francesa continua dividida até hoje, e a jurisprudência é firme na não-aceitação da imprevisão e, com isso, não procede a adaptação ou a revisão, em termos de contratação civil, sendo notória esta situação, como declara Iturraspe:

Es por todos sabido que el ordenamiento jurídico francés no acepta, en el ámbito de los negocios entre particulares, la revisión por excesiva onerosidad sobreviniente. La Corte de Casación se ha mantenido firme en esta postura, pese a las voces favorables a la revisión, que son las de una minoría de juristas<sup>407</sup>.

Contudo, há uma divisão bem delineada na França entre o direito administrativo e o direito privado. Essa divisão verifica-se perfeitamente quando se trata da adaptação contratual, amplamente admitida para os contratos administrativos franceses.

As cortes francesas têm aceitado com tranqüilidade a adaptação e a revisão dos contratos administrativos, de acordo com a opinião de Colin e Capitant, posição justificada pela necessidade de assegurar a continuação dos serviços públicos<sup>408</sup>.

<sup>405</sup> Regras cogentes são regras que não podem ser modificadas pela vontade das partes.

<sup>406</sup> PHILIPPE Dennis-M. **Changement de circonstances et bouleversement de l'économie contractuelle**. Bruxelles: Bruylant, 1986, p. 62.

<sup>407</sup> ITURRASPE, Jorge Mosset. **La frustración del contrato**. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 1991, p. 192.

<sup>408</sup> COLIN, Ambroise; CAPITANT, Henri. **Précis de Droit Civil**. Tome Second. 9. ed. Paris: Dalloz, 1950, p. 95.

### 3.5.2.2 Bélgica

A Bélgica, por ter pertencido à França até o início do século XIX<sup>409</sup>, tem sua legislação profundamente inspirada no sistema francês e, seguindo a orientação jurisprudencial e legal francesa, também resiste à admissão da adaptação e revisão contratual.

A não-aceitação tem por fundamento a manutenção do princípio *pacta sunt servanda*.

A posição belga é ainda mais estrita e inflexível que a francesa por não haver aceitação da teoria sequer no direito administrativo<sup>410</sup>.

Mas, para contemporizar talvez essa inflexibilidade, algumas cortes belgas, segundo atesta Haenryck, têm dado um tratamento mais brando ao conceito de força maior<sup>411</sup>.

### 3.5.2.3 Alemanha

Não há disposição expressa no Código Civil alemão, conhecido como BGB, que permita às partes renegociar ou que leve à conclusão da possibilidade da adaptação ou revisão dos pactos.

Ainda que não haja disposição legal para a adaptação, a Alemanha, ao contrário de alguns de seus vizinhos europeus, como já mencionamos exemplificativamente França e Bélgica, e graças à forte intervenção da doutrina, seguida da jurisprudência<sup>412</sup>, aceita a adaptação e a revisão por meio da noção de boa-fé<sup>413</sup> e do princípio “Wegfall der Geschäftsgrundlage”.

<sup>409</sup> RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Revisão judicial dos contratos**. São Paulo: Atlas, 2002, p. 68.

<sup>410</sup> PHILIPPE Dennis-M. **Changement de circonstances et bouleversement de l'économie contractuelle**. Bruxelles: Bruylant, 1986, p.588.

<sup>411</sup> HAERYNCK, Wouter Den. **Drafting hardship clauses in international contracts: structuring international contracts**. United Kingdom: Kluwer Law International, 1996, p. 233.

<sup>412</sup> BESSON, Charles. **La force obligatoire du contrat et les changements dans les circonstances**. Tese de licenciatura e doutorado da faculdade de Lausanne. Yverdon: Henri Cornaz, 1955, p. 56.

<sup>413</sup> STOFFEL-MUNCK, Phillipe. Ob. cit., p. 21.

O princípio “Wegfall der Geschäftsgrundlage” tem como pressuposto a base contratual e, em caso de desaparecimento desta, admite a modificação das obrigações das partes contratantes ou a dissolução do contrato<sup>414</sup>.

Podemos observar a definição do que é base do contrato na transcrição retirada da obra de Chatillon:

A obrigação das partes ou de uma delas pode sofrer uma modificação ou mesmo desaparecer quando a base do contrato (*die Geschäftsgrundlage*) não mais exista. Constitui a base do contrato a convicção comum das partes da existência ou da intervenção futura de circunstâncias determinadas em função das quais as partes concluíram. Essas circunstâncias podem não depender da vontade das partes, mas resultar igualmente do comportamento das duas ou de uma entre elas<sup>415</sup>.

Essa modificação da base contratual não pode ser qualquer modificação insignificante; precisa representar um agravamento substancial nas obrigações das partes ou de uma das partes.

A aplicação do conceito “Geschäftsgrundlage”, já dissemos, fundamenta-se na boa-fé. Considera-se que o credor não pode exigir a execução da prestação, uma vez que, segundo a equidade, esta se tornou insuportável para o devedor<sup>416</sup>.

A boa-fé tem fundamento legal e decorre do parágrafo 157, da Seção III, do Código Civil alemão, que dispõe:

§ 157. [interpretação dos contratos]. Os contratos devem ser interpretados de acordo com os requisitos de boa fé, considerando-se a prática comum<sup>417</sup>.

Os tribunais alemães admitem a adaptação contratual subordinando a sua aplicação à condição de que ela “constitua o único meio de evitar as

<sup>414</sup> PHILLIPPE, Dennis-M. Ob. cit., p. 589.

<sup>415</sup> “L'obligation des parties ou de l'une d'elles peut subir une modification ou même disparaître lorsque la base du contrat (*die Geschäftsgrundlage*) n'existe plus. Constitue la base du contrat, la conviction commune des parties de l'existence ou de l'intervention future de circonstances déterminées en fonction desquelles les parties ont conclu. Ces circonstances peuvent ne pas dépendre de la volonté des parties, mais également résulter du comportement des deux ou de l'une d'entre elles” (CHATILLON, Stéphane. **Le contrat international**. Paris: Vuibert, 2001, p. 70-71).

<sup>416</sup> PHILLIPPE, Dennis-M. Ob. cit., p. 594.

<sup>417</sup> “§ 157. [Interpretation of contracts] Contracts shall be interpreted according to the requirements of good faith, giving consideration to common usage” (Seção III do Código Civil alemão. Disponível em: <<http://www.hull.ac.uk/php/lastcb/bgbengl.htm>>. Acesso em 13 de maio de 2004.

consequências insuportáveis, incompatíveis com o direito e a justiça e que em equidade não possam ser deixadas a cargo da vítima do desequilíbrio”<sup>418</sup>.

Assim, os tribunais alemães, em demonstrações de enorme bom senso, preferem uma decisão justa a uma resolução tecnicamente perfeita<sup>419</sup>.

A Alemanha foi na Europa, provavelmente, o país que mais sofreu o efeito das grandes guerras, razão pela qual a adaptação e a revisão foram inicialmente bem aceitas pela doutrina alemã.

A inflação que aquele país conheceu no período entre as duas grandes guerras mundiais foi sem igual. A moeda começou a perder seu valor, e as teorias da época não eram suficientes para permitir ao devedor cumprir sua obrigação sem sofrer um prejuízo desmesurado<sup>420</sup>.

A magnitude da instabilidade inflacionária pode ser imaginada a partir de uma citação de A. H. Puelinckx: “[...] depois da primeira guerra mundial, o valor do menu em um restaurante, algumas vezes, era alterado entre a realização do pedido e a chegada da conta!”<sup>421</sup>.

A motivação da inflação exorbitante, combinada com a boa-fé legalmente prevista, fez com que “a Alemanha reconhecesse ao juiz um verdadeiro dever de intervir no contrato”<sup>422</sup>.

De qualquer forma, por mais razões que tivesse para prosperar, o que efetivamente ocorreu, a teoria recebeu críticas por pensarem alguns doutrinadores que acarretaria incerteza jurídica às relações contratuais<sup>423</sup>.

<sup>418</sup> “[...] constitue le seul moyen d’éviter des conséquences insupportables, incompatibles avec le droit et la justice et qui en équité ne peuvent être laissées à la charge de la victime du déséquilibre” (LASBORDES, Victoire **Les contrats déséquilibrés**, Tome II. Aix-Marseille: Presses Universitaires D’Aix Marseille-PUAM, 2000, p. 544).

<sup>419</sup> MARTORELL, Juan Terraza. **Modificación y resolución de los contratos por excesiva onerosidad o imposibilidad en su ejecución: teoría de la cláusula *rebus sic stantibus***. Barcelona: Bosch, 1951, p. 34.

<sup>420</sup> BESSON, Charles. **La force obligatoire du contrat et les changement dans les circonstances**. Yverdon: Henri Cornaz, 1955. (Tese em Licenciatura e Doutorado da Faculdade de Lausanne). 1955, p. 57.

<sup>421</sup> “[...] after the first world war, the value of the menu in a restaurant sometimes altered between the placing of the order and the arrival of the bill!” (PUELINCKX, A.H, Frustration, hardship, force majeure, imprévision, wegfall der geschäftsgrundlage, unmöglichkeit, changed circumstances. **Journal of international arbitration**. Genebra: The Publisher. v. 3, n. 2, junho de 1996, p. 59.

<sup>422</sup> “[...] en Allemagne à reconnaître au juge un véritable devoir d’intervenir dans le contrat” (BESSON, Charles. Ob. cit., p. 57).

<sup>423</sup> PUELINCKX, A. H. Frustration, hardship, force majeure, imprévision, wegfall der geschäftsgrundlage, unmöglichkeit, changed circumstances. **Journal of International Arbitration**, Genebra: The Publisher, v. 3, n. 2, p. 47-66, June 1996, p. 60.

### 3.5.2.4 Espanha

Na Espanha, não há previsão legal de revisão ou adaptação contratual, mas há menção à teoria da imprevisão no Código Civil, excetuando o devedor de responsabilidades:

Art. 1.105

Fuera de los casos expresamente mencionados en la ley, y de los que así declare la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables.

Ademais da imprevisão, também menciona o código a boa-fé e a equidade como princípios para reger os contratos:

Art. 1.285. Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado sino también a todas las consecuencias que según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la equidad<sup>424</sup>.

A adaptação dos contratos consolidou-se, assim, na jurisprudência espanhola pela aceitação da teoria da imprevisão e pela aplicação dos princípios gerais de boa-fé e de equidade para proceder à resolução, à suspensão ou à revisão do contrato no caso de mudanças de circunstâncias que tragam o risco de produzir um desequilíbrio fundamental entre as obrigações das partes<sup>425</sup>.

### 3.5.2.5 Suíça

Na Suíça, há aceitação da teoria da imprevisão também pelo princípio da boa-fé, que formou a jurisprudência daquele país, que autoriza a intervenção do juiz.

Vejamos uma decisão do Tribunal Federal suíço, datada de 26 de setembro de 1974:

<sup>424</sup> ITURRASPE, Jorge Mosset. Ob. cit., p. 198.

<sup>425</sup> DRAETTA, Ugo e LAKE, Ralph. **Contrats internationaux** : pathologie et remèdes. Bruxelles: Bruylant, 1996, p. 181.

O Tribunal Federal suíço autoriza a intervenção do juiz no contrato na presença de um desequilíbrio nas prestações engendrado por uma mudança extraordinária das circunstâncias, de forma que a divisão dos riscos determinada pelo contrato não é mais suportável para uma das partes e que a persistência do co-contratante na vontade de fazer valer seus direitos é, em relação às circunstâncias, abusiva<sup>426</sup>.

A decisão citada tem como fundamento o disposto no art. 2º do Código Civil suíço, que prevê:

Art. 2º. Competência dos direitos civis:

I. Deveres gerais:

1. cada um é obrigado a exercer seus direitos e executar suas obrigações segundo as regras de boa-fé.
2. o abuso manifesto de um direito não é protegido pela lei<sup>427</sup>.

Segundo Besson, a imprevisão nunca foi um tema que apaixonou os juristas suíços, e as soluções dos tribunais a esse respeito foram sempre inspiradas em soluções consagradas em países vizinhos<sup>428</sup>.

### 3.5.2.6 Itália

A Itália é um dos raros países europeus que tem legalmente prevista a possibilidade de adaptação contratual, pelo instituto denominado onerosidade excessiva (“eccessiva onerosità”), inspirado, nitidamente, na *rebus sic stantibus*<sup>429</sup>.

Os dispositivos legais que regem a adaptação são os arts. 1.467 e seguintes do Código Civil:

<sup>426</sup> “Le tribunal fédéral suisse autorise l’intervention du juge dans le contrat en présence d’un déséquilibre des prestations engendré par un changement extraordinaire des circonstances tel que le partage des risques déterminé par le contrat n’est plus supportable pour l’une des parties et que la persistance du cocontractant dans la volonté de faire valoir ses droits est, eu égard aux circonstances de l’espèce, abusive” (Tribunel Fed., 26 sept. 1974, A.T.F., 1974, v. 100, p. 345 et s., espéc. Cons. 2. p. 349 (citação feita por PHILIPPE Dennis-M. **Changement de circonstances et bouleversement de l’économie contactuelle**. Bruxelles: Bruylant, 1986, p. 606).

<sup>427</sup> “Art.2º.B. Entendue des droits civils. I. Devoirs généraux. 1. Chacun est tenu d’exercer ses droits et d’exécuter ses obligations selon les règles de bonne foi. 2. L’abus manifeste d’un droit n’est pas protégé par la loi”. Código Civil suíço, art. 2. (Disponível em: <<http://www.admin.ch/ch/f/rs/210/index.html>>. Acesso em: 4 jan. 2004.

<sup>428</sup> BESSON, Charles. Ob. cit., p. 59.

<sup>429</sup> ITURRASPE, Jorge Mosset. **La frustración del contrato**. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 1991, p. 194.

Art. 1.467. Contrato com prestação correspondente.

Nos contratos à execução continuada ou periódica, ou com execução diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa por verificarem-se acontecimentos extraordinários ou imprevisíveis, a parte que deve tal prestação pode demandar a resolução do contrato, com os resultados permanentes do art. 1.458 (168).

A resolução não pode ser demandada se a onerosidade superveniente adentrar na álea normal do contrato.

A parte contra a qual é demandada a resolução pode evitá-la oferecendo modificar equanimemente as condições do contrato<sup>430</sup>.

Art. 1.468. Na hipótese prevista no artigo precedente, em se tratando de contrato no qual uma só das partes assumiu obrigações, poderá esta pedir redução de sua prestação ou modificação na modalidade de execução, capazes de recompor a equidade<sup>431</sup>.

Esses artigos só contemplam contratos que não sejam aleatórios<sup>432</sup>, aqueles que as partes não assumam riscos de eventos imprevisíveis e aqueles que prevejam prestações sucessivas ou periódicas, em que a performance de uma das partes se tornou excessivamente onerosa por causa de eventos extraordinários e imprevisíveis<sup>433</sup>.

A doutrina italiana, segundo sustenta Horn, no que concerne ao disposto no art. 1.467, final, traz como dever das partes que requerem o reajuste fazer um proposta equitativa e que isso não pode ser deixado para a corte, que decidiria apenas se a proposta é justa ou não<sup>434</sup>.

<sup>430</sup> “Art. 1.457. Contratto con prestazioni corrispettive. Nei contratti a esecuzione continuata o periodica ovvero a esecuzione differita, se la prestazione di una delle parti è divenuta eccessivamente onerosa per il verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili, la parte che deve tale prestazione può domandare la risoluzione del contratto, con gli effetti stabiliti dall'art 1458 (att. 168).

La risoluzione non può essere domandata se la sopravvenuta onerosità rientra nell'alea normale del contratto.

La parte contro la quale è domandata la risoluzione può evitarla offrendo di modificare equamente le condizioni del contratto”. (Código Civil italiano, art. 1.457. Disponível em: <[http://www.jus.unitn.it/cardozo/Obiter\\_Dictum/codciv/home.html](http://www.jus.unitn.it/cardozo/Obiter_Dictum/codciv/home.html)>. Acesso em: dez. 2003).

<sup>431</sup> OLIVEIRA, Anísio José de. **A teoria da imprevisão nos contratos**. São Paulo: Leud, 1991, p. 79.

<sup>432</sup> “[...] são aleatórios os contratos em que a prestação de uma das partes não é precisamente conhecida e suscetível de estimativa prévia, inexistindo equivalência da outra parte. (PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Contratos**. Instituições do Direito Civil. v. III. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 47).

<sup>433</sup> DRAETTA, Ugo; LAKE, Ralph; NANDA, Ved P. **Breach and adaptation of international contracts: an introduction to lex mercatoria**. New Hampshire: Butterworth, 1992, cap. 6, item 6.3, par. 8.

<sup>434</sup> HORN, Norbert. **Adaptation and renegotiation in international trade and finance**. Deventer: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1985, p. 23.

Ainda que caiba às partes a iniciativa de propor uma adaptação e de fazer a proposta para obtê-la, é um sistema bastante avançado e vanguardista.

### 3.5.2.7 Portugal

No direito português, a resolução ou modificação do contrato é prevista no art. 437 do Código Civil português de 1966, considerado bastante avançado para a época. Rege os casos em que ocorram alterações nas circunstâncias que levaram as partes a contratar com base na boa-fé contratual. Vejamos:

#### Art. 437. Condições de admissibilidade

1. Se as circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar tiverem sofrido uma alteração anormal, tem a parte lesada direito à resolução do contrato, ou a modificação dele segundo juízos de equidade, desde que a exigência das obrigações por ela assumidas afecte gravemente os princípios da boa fé e não esteja coberta pelos riscos próprios do contrato.

2. Requerida a resolução, a parte contrária pode opor-se ao pedido, declarando aceitar a modificação do contrato nos termos do número anterior<sup>435</sup>.

Os requisitos para modificação do contrato, com base no artigo citado, foram considerados os seguintes pela Corte portuguesa:

I - Para que se verifique a resolução ou modificação do contrato por alteração das circunstâncias, nos termos do artigo 437 do Código Civil, é necessário: a) uma alteração anormal das circunstâncias em que as partes tenham fundado a decisão de contratar, respeitando essa alteração à excessiva onerosidade de uma das prestações, quando esta resulte de circunstâncias supervenientes imprevisíveis; b) Que a exigência da obrigação à parte lesada afecte gravemente os princípios de boa fé contratual e não esteja coberta pelos riscos do negócio, como no caso de se tratar de um negócio por sua natureza aleatório.

II - Entre as alterações anormais das circunstâncias referidas no citado artigo contam-se a desvalorização abrupta e excessiva da moeda e o encarecimento inesperado de certas matérias primas.

III - Havendo apenas uma alteração do preço de custo dos materiais, objecto do contrato, não existindo elementos de

<sup>435</sup> Art. 437, Código Civil Português de 1966. Disponível em: <<http://www.legix.pt>>.

facto para classificar essa alteração como anormal, não há fundamento legal para alteração do contrato<sup>436</sup>.

### 3.5.2.8 Polónia

Provavelmente, a precursora de todas as legislações europeias sobre alteração contratual foi a Polónia, que no Código Civil de 1933 acolheu a revisão judicial dos contratos:

Art. 269. Quando, em consequência de acontecimentos excepcionais, tais como guerra, epidemias, perda total de colheitas e outros cataclismos naturais, se a execução da prestação acarretar dificuldades excessivas ou ameaçar uma das partes com uma perda exorbitante, que os contraentes não poderiam prever ao tempo da conclusão do contrato, o tribunal pode, se entender necessário, segundo os princípios da boa-fé e tomando em consideração os interesses das partes, fixar o modo de execução, o montante da prestação ou mesmo decretar a resolução do contrato<sup>437</sup>.

Nota-se que o dispositivo legal está calcado na imprevisibilidade, no equilíbrio contratual e também na boa-fé.

## 3.5.3 PAÍSES DE *COMMON LAW*

### 3.5.3.1 Inglaterra

Na Inglaterra, a rigidez da obediência contratual ainda é a regra, e não se vislumbram grandes possibilidades de modificações a esse respeito.

No caso de ocorrência de frustração contratual, o caminho normal para as partes é o término dos contratos, e não a sua modificação<sup>438</sup>.

---

<sup>436</sup> Supremo Tribunal de Justiça de Portugal. Decisão SJ199303170832111 de 17/3/93. Disponível em: <<http://www.stj.pt>>. Acesso em: 20 maio 2004.

<sup>437</sup> RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Revisão judicial dos contratos**. São Paulo: Atlas, 2002, p. 65.

<sup>438</sup> HORN, Norbert. **Procedures of contract adaptation and renegotiation in international commerce**: Adaptation and renegotiation of contracts in international trade and finance. Deventer: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1985, p. 22.

Na decisão proferida pela Corte inglesa no caso “Movietonenews contra London and District Cinemas”, pode-se apreciar que as cortes não crêem estar em seu poder adaptar os contratos:

As cortes inglesas não têm poder para adaptar um contrato em longo prazo para uma mudança fundamental não contemplada<sup>439</sup>.

O Ato de 1943, “Law Reform-Frustrated Contracts”, para frustração de contratos foi uma das grandes tentativas inglesas de solucionar o problema da frustração.

Ocorre que tal ato não resolveu o problema da adaptação, pois em nenhum momento anteviu essa possibilidade e foi absolutamente restrito a contratos regidos pela lei inglesa, para contratos com a Coroa e contratos entre os súditos.

Sendo assim, os contratos frustrados continuaram sem possibilidade de adaptação, e o Ato de 1943 também não pode ser aplicado para contratos que não utilizem a lei inglesa como lei contratual.

Com todos os defeitos apresentados, o Ato ainda serviu de inspiração para outros países de *common law*, como o Canadá e a Nova Zelândia.

### 3.5.3.2 Estados Unidos da América

Sendo um país de *common law*, os Estados Unidos seguiu a doutrina da frustração inglesa, mas não tão severamente quanto a Inglaterra<sup>440</sup>.

O direito norte-americano, como já se mencionou faz diferença, contudo, entre a frustração do propósito (“*frustration of purpose*”) e a frustração da performance (“*frustration of performance*” ou *impossibility*”).

Dá-se a frustração da performance quando não é possível para uma das partes realizar suas obrigações contratuais.

---

<sup>439</sup> “The English courts have no power to adapt a long-term contract to an un contemplated fundamental change”- Decision by the House of Lords in *British Movietonenews Ltd. v. London and District Cinemas Ltd.*- (McINNIS J. A. **Force majeure in building contracts**: force majeure and frustration of Contract. Londres: Lloyd’s of London Press, 1991, p. 156).

<sup>440</sup> ITURRASPE, Jorge Mosset; FALCÓN, Enrique M.; PIEDECASAS, Miguel A. Ob. cit., p. 193.

A impossibilidade de performance ou frustração no Direito americano não põe fim ao contrato.

Ainda que legalmente não haja grandes dispositivos sobre a adaptação e a revisão contratual, o *Uniform Commercial Code* americano apresenta alguns parágrafos que vislumbram a modificação dos contratos, ainda que de forma sutil:

**Artigo 2 – Vendas**

**Parte 2. Forma, formação e reajuste do contrato.**

**§2-209. Modificação, rescisão e renúncia**

(1) um acordo modificando um contrato de acordo com este artigo não precisa de considerações para ser obrigatório.

.....  
 (4) ainda que uma tentativa de modificação ou rescisão não satisfaça os requisitos da subseção (2) ou (3) ela pode operar como renúncia.

**Parte 6. Ruptura, repúdio e desculpa**

**§2-615. JUSTIFICATIVA POR MOTIVO DE CARÊNCIA DE CONDIÇÕES PRESUPOSTAS.**

Salvo na medida em que um vendedor possa ter assumido uma obrigação maior, e sujeito à secção anterior sobre atuação substituída:

a) A entrega atrasada ou a falta de entrega parcial ou total por um vendedor que cumpre os parágrafos (b) e (c) não é uma violação do seu dever sob um contrato de venda se a realização conforme acordada tornou-se impraticável pela ocorrência de uma contingência cuja não-ocorrência era suposição básica sob a qual o contrato foi feito ou por cumprimento de boa-fé de qualquer regulamento pertinente ou ordem governamental estrangeira ou nacional, ainda que posteriormente resulte inválido.

b) Quando as causas mencionadas no parágrafo (a) afetem somente uma parte da capacidade do vendedor de cumprir suas obrigações, ele deve distribuir a produção e as entregas entre seus clientes, mas pode, à sua opção, incluir clientes regulares não sob contrato no momento assim como seus próprios requisitos para fabricação adicional. Ele também pode assim distribuir de qualquer forma que seja justa e razoável.

c) O vendedor deve oportunamente notificar ao comprador que haverá atraso ou não-entrega e [...]<sup>441</sup>.

---

<sup>441</sup> “ARTICLE 2 – SALES

..PART 2. FORM, FORMATION AND READJUSTMENT OF CONTRACT

§ 2-209. Modification, Rescission and Waiver.

(1) An agreement modifying a contract within this Article needs no consideration to be binding.

Pelo UCC pode-se verificar que a legislação americana não refuta de todo a possibilidade de modificações contratuais como o faz o Direito inglês.

### 3.5.4 IMPREVISÃO NO DIREITO MUÇULMANO

No direito dos países orientais, sobretudo aqueles de religião muçulmana, a possibilidade de revisão contratual advém de princípios religiosos e morais. É esta a opinião de Comair-Obeid, proferida em palestra na CCI de Paris no ano de 2002, durante o 45º Seminário PIDA:

Na ótica do direito muçulmano, cada uma das partes no contrato deve estar consciente no momento da conclusão do contrato da existência e, *ipso facto*, da extensão do contra valor procurado.

Esse contra valor será, em virtude dos princípios fundamentais do islã, o fruto de um trabalho realizado que por si mesmo justificará a perda ou benefício tido. O estrito equilíbrio das prestações é uma constante procurada pela *Shari'a*<sup>442</sup> com uma preocupação de equidade e de justiça recomendada pela moral islâmica. E disso resulta que um lucro sem justificativa, obtido sem esforço, sem trabalho, pelo acontecimento de uma álea, é proibido pelo alcorão<sup>443</sup>.

---

(4) Although an attempt at modification or rescission does not satisfy the requirements of subsection (2) or (3) it can operate as a waiver. ARTICLE 2 – SALES

#### PART 6. BREACH, REPUDIATION AND EXCUSE

##### § 2-615. Excuse by Failure of Presupposed Conditions.

Except so far as a seller may have assumed a greater obligation and subject to the preceding section on substituted performance:

(a) Delay in delivery or non-delivery in whole or in part by a seller who complies with paragraphs (b) and (c) is not a breach of his duty under a contract for sale if performance as agreed has been made impracticable by the occurrence of a contingency the non-occurrence of which was a basic assumption on which the contract was made or by compliance in good faith with any applicable foreign or domestic governmental regulation or order whether or not it later proves to be invalid.

(b) Where the causes mentioned in paragraph (a) affect only a part of the seller's capacity to perform, he must allocate production and deliveries among his customers but may at his option include regular customers not then under contract as well as his own requirements for further manufacture. He may so allocate in any manner which is fair and reasonable.

(c) The seller must notify the buyer seasonably that there will be delay or non-delivery and [...].

<sup>442</sup> Shari'a constitui um sistema de direito autônomo e seria imposta a todos os muçulmanos por ser emanada da vontade divina.

<sup>443</sup> “[...] dans l’optique du droit musulman, chacune des parties au contrat doit être consciente au moment de la conclusion du contrat de l’existence et, *ipso facto*, de l’entendue de la contre-valeur recherchée.

Cette contre-valeur sera, en vertu des principes fondamentaux de l’Islam, le fruit d’un travail fourni qui lui-même justifiera la perte ou le bénéfice réalisé. Le strict équilibre des prestations est une constante recherchée par la *shari'a* dans un souci d’équité et de justice prônées par la morale islamique. Il en résulte qu’un profit injustifié, réalisé sans effort, sans

### 3.5.4.1 Egito

A lei egípcia reflete os princípios de boa-fé e equidade da moral islâmica, admitindo a revisão dos contratos com base na onerosidade excessiva e na boa-fé.

Dispõem os arts. 147 e 148 do Código Civil egípcio:

Art. 147. O contrato faz lei entre as partes. Ele só pode ser alterado ou revogado pelo mútuo consentimento das partes ou por razões fundamentadas na lei.

Quando, contudo, como um resultado de eventos excepcionais e imprevisíveis de caráter geral, a performance da obrigação contratual, sem se tornar impossível, torna-se excessivamente onerosa, de forma a ameaçar o devedor com perdas exorbitantes, o juiz pode, de acordo com as circunstâncias, e depois de levar em consideração os interesses de ambas as partes, reduzir a limites razoáveis a obrigação que se tornou excessiva. Qualquer acordo em contrário é nulo.

Art. 148. Um contrato deve ser cumprido de acordo com seu conteúdo e em concordância com os requisitos de boa-fé.

Um contrato obriga a parte contratante não somente no que concerne às suas condições expressas, mas também considerando tudo o que, de acordo com a lei, usos e equidade, é considerado, tendo em vista a natureza da obrigação, como sendo uma seqüência necessária do contrato<sup>444</sup>.

Prevê também a lei egípcia a extinção das obrigações por impossibilidade de performance:

Artigo 159.

Quando uma obrigação surgida de um contrato bilateral é extinta em razão da impossibilidade de performance,

---

travail, mais par le fait d'un aléa est prohibé par le Coran et par la sunna" (COMAIR-OBEID, Nayla. **La négociation, la rédaction et l'exécution des contrats internationaux**. Paris: Institut du Droit des Affaires Internationales, 2002, p. 23).

<sup>444</sup> "Article 147: The contract makes the law of the parties. It can be revoked or altered only by mutual consent of the parties or for reasons provided for by the law.

When, however, as a result of exceptional and unpredictable events of a general character, the performance of the contractual obligation, without becoming impossible, becomes excessively onerous in such way as to threaten the debtor with exorbitant loss, the judge may, according to the circumstances, and after taking into consideration the interests of both parties, reduce to reasonable limits, the obligation that has become excessive. Any agreement to the contrary is void. Article 148: A contract must be performed in accordance with its contents and in compliance with the requirements of good faith.

A contract binds the contracting party not only as regards its expressed conditions, but also as regards everything which, according to law, usage and equity, is deemed, in view of the nature of the obligation, to be a necessary sequel to the contract" (Código Civil Egípcio. Disponível em: <<http://www.kluwarbitration.com>>. Acesso em: 3 abr., 2004).

obrigações correlatas também são extintas e o contrato é rescindido *ipso facto*<sup>445</sup>.

### 3.5.4.2 Jordânia

A Jordânia, entre os países árabes, é um dos mais modernos, considerado como um dos mais “ocidentalizados”. Sua legislação contratual, disposta no Código Civil, é avançada e prevê claramente a possibilidade de modificação dos contratos pelas Cortes.

Dispõe o Código Civil da Jordânia:

#### Seção 205

Se incidentes gerais anormais, os quais não puderam ser previstos, ocorrerem, e devido à sua ocorrência, a performance da obrigação contratual, apesar de não se tornar impossível, representar um peso ao devedor, ameaçando-o de sérias perdas, a Corte pode, de acordo com as circunstâncias e depois de balancear os interesses de ambas as partes, reduzir a obrigação agravada a uma dimensão razoável se for prescrita pela equidade, e todo acordo para um efeito contrário deve ser nulo<sup>446</sup>.

### 3.5.4.3 Algéria

O Código Civil algeriano é recente, adotado em 1975, e traz entre seus artigos disposição tratando da imprevisão contratual e da possibilidade de rever os pactos e adaptá-los por essa teoria.

A legislação algeriana teve inspiração na lei egípcia, sendo cópia quase fiel do dispositivo de caráter similar daquele país:

Art. 107. Ainda que, quando, na seqüência de eventos excepcionais, imprevisíveis e tendo um caráter de generalidade, a execução da obrigação contratual, sem se

---

445 “Article 159: When an obligation arising out of a bilateral contract is extinguished by reason of impossibility of performance, correlative obligations are also extinguished and the contract is rescinded *ipso facto*” (Código Civil egípcio).

<sup>446</sup> Jordanian Civil Code. Section 205: “If general abnormal incidents which could not be foreseen occur and due to their occurrence the performance of the contractual obligation though not becoming impossible is rendered cumbersome to the debtor threatening him with serious loss, the Court may according to the circumstances and after balancing the interests of both parties reduce the cumbersome obligation to the reasonable extent if so prescribed by equity, and every agreement to a contrary effect shall be void”. Tradução efetuada do árabe pelo escritório HLO Lawyers da Jordânia, gentilmente cedida pelo Dr. Rami Hahnsen.

tornar impossível, se torna excessivamente onerosa, de modo a ameaçar o devedor de uma perda exorbitante, o juiz pode, de acordo com as circunstâncias e depois de ter levado em consideração os interesses das partes, reduzir, em uma medida razoável, a obrigação que se tornou excessiva. Qualquer convenção contrária é nula<sup>447</sup>.

O que mais chama a atenção nesse dispositivo é o fato de se tratar de uma norma cogente, uma disposição imperativa, que não pode ser revogada pela vontade das partes: “As partes de um contrato submetido ao direito algeriano não podem, por cláusula contratual, suprimir a imprevisão”<sup>448</sup>.

Está assim consolidada a possibilidade de alteração contratual no direito algeriano.

#### **3.5.4.4 Outros Países do Oriente Médio que Permitem a Adaptação em sua Legislação**

Admitem a adaptação contratual no oriente médio também o Iraque (art. 146 do Código Civil), o Kuwait (art. 196 do Código Civil), o Qatar (art. 48 do Código Civil), os Emirados Árabes Unidos (art. 249 do Código Civil) e a Líbia (art. 147 do Código Civil), pela teoria da imprevisão, para permitir a revisão dos contratos, sempre com base na equidade e na igualdade, de acordo com os preceitos da *shari'a*<sup>449</sup>.

#### **3.5.5 ADAPTAÇÃO E REVISÃO NA AMÉRICA LATINA**

---

447 “Toutefois, lorsque, par suite d'événements exceptionnels, imprévisibles et ayant un caractère de généralité, l'exécution de l'obligation contractuelle, sans devenir impossible, devient excessivement onéreuse, de façon à menacer le débiteur d'une perte exorbitante, le juge peut, suivant les circonstances et après avoir pris en considération les intérêts des parties, réduire, dans une mesure raisonnable, l'obligation devenue excessive. Toute convention contraire est nulle” (BOUGHABA, Mohammed. Les clauses d'adaptation économique et monétaire dans les contrats privés internationaux. Tese. Lausanne: Université de Lausanne, 1984, p. 235).

448 “Les parties à un contrat soumis au droit algérien ne peuvent pas, par clause contractuelle, supprimer l'imprévision” (BOUGHABA, Mohammed. Ob. cit., p. 238).

<sup>449</sup> COMAIR-OBEID, Nayla. Ob. cit., p. 23 e 24.

Nos principais países da América Latina, há a aceitação expressa da teoria da imprevisão, com a sua inserção nas legislações, seja de forma paulatina, por meio de leis específicas, seja diretamente nos códigos civis.

### 3.5.5.1 Argentina

Na Argentina, o tema da adaptação é tratado como imprevisão e onerosidade excessiva, e não parece ter sofrido grandes dificuldades para ser incorporado à legislação.

De acordo com Alterine, foi no “III Congreso de Derecho Civil”, ocorrido na cidade de Córdoba, no ano de 1961, que se propôs uma fórmula para a imprevisão que foi praticamente copiada na modificação do Código Civil daquele país, em 1968, pela Lei 17.711.

Lembra ainda o autor que, antes dessa data, havia consenso doutrinário favorável a respeito da imprevisão, bem assim decisões dos tribunais acolhendoo<sup>450</sup>.

O fundamento da teoria na Argentina encontra-se na necessidade de boa-fé entre os contratantes, o que consta expressamente na lei:

Art. 1.198.

Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosíblemente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión. En los contratos bilaterales conmutativos y en los unilaterales onerosos y conmutativos de ejecución diferida o continuada, si la prestación a cargo de una de las partes se tornara excesivamente onerosa, por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte perjudicada podrá demandar la resolución del contrato. El mismo principio se aplicará a los contratos aleatorios cuando la excesiva onerosidad se produzca por causas extrañas al riesgo propio del contrato. En los contratos de ejecución continuada la resolución no alcanzará a los efectos ya cumplidos. No procederá la resolución, si el perjudicado hubiese obrado con culpa o estuviese en mora. La otra parte podrá impedir la resolución ofreciendo mejorar equitativamente los efectos del contrato<sup>451</sup>

---

<sup>450</sup> ALTERINE, Atilio Anibal, **Contratos. civiles-comerciales, de consumo** : teoría general. Buenos Aires: Abeledo-Perrott, 1999, p. 448.

<sup>451</sup> Código Civil argentino. Lei 17.711. Disponível em: <<http://infoleg.mecon.gov.ar>>. Acesso em: 20 jul. 2004.

O direito civil argentino traz uma inovação ao aceitar a possibilidade de adaptar, em algumas circunstâncias, contratos aleatórios, o que a maioria das legislações respeitantes à adaptação não permite:

[...] imprevisão pode normalmente somente ser invocada com respeito a “contratos comutativos” (contratos em que os benefícios recíprocos das partes não depende de circunstâncias), mas o conceito pode ser estendido aos contratos aleatórios (contratos em que benefícios ou ganhos dependem de eventos arriscados mais do que na performance de qualquer das partes) quando o peso excessivo superveniente recaíndo em uma das partes na performance de suas obrigações exceda aos riscos normais naturalmente associados com tais contratos. Além do mais, o contrato deve contemplar a performance de obrigações contratuais contínuas e recíprocas previstas para ocorrer por certo período ou a efetividade dessas obrigações deve depender do término de certo período para que a parte esteja apta a reclamar a imprevisão pelo artigo 1.198 do Código Civil argentino<sup>452</sup>.

Ainda podemos alegar, da análise da legislação argentina, que a teoria só é aplicável aos atos jurídicos, contratos onerosos e comutativos, sejam bilaterais ou unilaterais, aos contratos aleatórios, em algumas situações, quando a onerosidade superveniente exceda aos riscos normais do contrato, e quando o agravamento da obrigação que produz a excessiva onerosidade para uma das partes decorra de fato exterior, extraordinário e imprevisível, sem culpa da parte que a invoca.

Também notamos que o artigo citado requer a existência de um lapso de tempo entre a conclusão e a execução contratual para a aplicação da teoria.

O traço fundamental para caracterizar a imprevisão na Argentina e permitir a revisão contratual parece-nos ser a onerosidade excessiva.

---

<sup>452</sup> “[...] *imprévision* can usually only be raised in respect of 'commutative contracts' (*i.e.* contracts where the reciprocal benefits of the parties do not depend on eventful circumstances), but the concept may be extended to *contratos aleatorios* (contracts where benefits or gains depend on risky events rather than on the other party's performance) when the excessive and supervening economic weight falling on one of the parties in the performance of his obligations exceeds the normal risks naturally associated with such contracts. Moreover, the contract must contemplate- the performance of continuous and reciprocal contractual obligations envisioned to occur over a certain time period or the effectiveness of such obligations must depend on the expiration of such a period for a party to be able to claim *imprévision* under article 1198 of the Argentine Civil Code” (NAÓN, Horacio A. Grigera. **Adaptation of contracts: an argentine substantive and private international law outlook**. Adaptation and renegotiation of contracts in international trade and finance. Deventer: Kluwer Law and Taxation, 1985, p. 58).

Tal assertiva se confirma em decisão da Corte Suprema da Argentina, no caso Victor Kamenszein contra Fried de Goldring, Malka e outros:

La posibilidad de reajuste de las prestaciones con fundamento en la teoría de la imprevisión, y las pautas a que se sujeta, se apoya principalmente en la configuración de condiciones de excesiva onerosidad por acontecimientos extraordinarios no anticipables [...] <sup>453</sup>

### 3.5.5.2 Bolívia

A doutrina boliviana demonstrou-se bastante favorável à adaptação e revisão contratuais, e, inspirada no direito italiano, na onerosidade excessiva, adotou fórmula legislativa admitindo a resolução contratual e a sua adaptação pelo Judiciário.

O fundamento para a reavaliação dos contratos por acontecimentos imprevisíveis teve como base o equilíbrio das prestações.

No direito boliviano, excluem-se do rol dos contratos passíveis de adaptação ou rescisão por imprevisão aqueles aleatórios.

Art. 581.- (resolución judicial por excesiva onerosidad de los contratos con prestaciones recíprocas).

I. En los contratos de ejecución continuada, periódica o diferida, la parte cuya prestación se ha tornado excesivamente onerosa por circunstancias o acontecimientos extraordinarios e imprevisibles podrá demandar la resolución del contrato con los efectos establecidos para la resolución por incumplimiento voluntario.

II. La demanda de resolución no será admitida si la prestación excesivamente onerosa ha sido ya ejecutada, o si la parte cuya prestación se ha tornado onerosa en exceso era ya voluntariamente incumplida o si las circunstancias o los acontecimientos extraordinarios e imprevisibles se presentaron después de cumplirse la obligación.

III. Tampoco se admitirá la demanda de resolución si la onerosidad sobrevenida está incluida en el riesgo o álea normal del contrato.

<sup>453</sup> Decisão da Suprema Corte Argentina, prolatada em 31/08/89. Disponível em: <<http://www.csjn.gov.ar/jurisp/principal.htm>>. Acesso em: 20 jul. 2004

IV. El demandado puede terminar el litigio si antes de sentencia ofrece modificar el contrato en condiciones que, a juicio del juez, sean equitativas.

Art. 582.- (reducción o modificación judicial por excesiva onerosidad de los contratos con prestación unilateral).

En la hipótesis prevista por el artículo anterior, y cuando se trata de contratos con prestación unilateral, la parte perjudicada puede demandar se reduzcan sus prestaciones a la equidad o se modifiquen las modalidades de ejecución que, a juicio del juez, sean suficientes para esa reducción a la equidad. (Arts. 581, 728, del Código Civil).

Art. 583.- (excepción: contratos aleatorios).

A los contratos aleatorios no son aplicables las normas de los artículos precedentes<sup>454</sup>.

### 3.5.5.3 Brasil

Aparentemente, a doutrina brasileira não sofreu a divisão radical a respeito da possibilidade de adaptação e revisão que enfrentaram os doutrinadores franceses, contudo a aceitação jurisprudencial e legal não se deu de forma imediata.

Por meio do instituto da imprevisão, a adaptação e a revisão foram sendo adotadas gradativamente por leis específicas, até serem aceitas no Código Civil em vigor.

Inicialmente, apesar de haver acordo doutrinário sobre a teoria da imprevisão, a resistência dos tribunais foi total, sendo somente em 1930, mediante um julgado de Nelson Hungria, que a jurisprudência favorável começou a se formar<sup>455</sup>, tornando-se quase que unânime depois dessa época.

Em dito julgado, Nelson Hungria decidiu pelo término de um contrato com fulcro na imprevisão e na cláusula *rebus sic stantibus*.

O contrato em questão versava sobre promessa de compra e venda entre um locatário e locadora denominada “Ordem Terceira”. Por esse contrato um imóvel foi locado pelo prazo de vinte e cinco anos com opção de compra ao término do prazo. O valor avençado para a compra era de vinte e cinco contos de réis.

<sup>454</sup> Código Civil boliviano. Ley 12760 de fecha 06 de agosto de 1.975. Disponível em: <<http://www.geocities.com/bolilaw/legisla.htm>>. Acesso em: 13 de maio 2004.

<sup>455</sup> PEREIRA Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986. v. III, p. 110.

No decurso do prazo houve grande valorização do imóvel e o preço ajustado se tornou irrisório, e, em nova avaliação, ao tempo de realizar a opção de compra, o imóvel estaria valendo oitocentos contos de réis.

Diante dessa diferença de valores, a Ordem Terceira se negou ao cumprimento do contrato e Nelson Hungria, na época juiz, deu-lhe ganho de causa, considerando, conforme já mencionado, o advento de evento imprevisível e a cláusula *rebus sic stantibus*. Vejamos a decisão:

É certo que quem assume uma obrigação a ser cumprida em tempo futuro sujeita-se à alta dos valores, que podem variar em seu proveito ou prejuízo; mas, no caso de uma profunda e inopinada mutação, subversiva do equilíbrio econômico das partes, a razão jurídica não pode ater-se ao rigor literal do contrato, e o juiz deve pronunciar a rescisão deste. A aplicação da cláusula *rebus sic stantibus* tem sido mesmo admitida como um corolário da teoria do erro contratual.

Considera-se como já viciada, ao tempo em que o vínculo se contrai, a representação mental que só um evento posterior vem a demonstrar ser falsa. Se o evento, não previsto e imprevisível, modificativo da situação de fato na qual ocorreu a convergência das vontades no contrato, é de molde a quebrar inteiramente a equivalência entre as prestações recíprocas, não padece dúvida que se a parte prejudicada tivesse o dom da preciência, não se teria obrigado, ou ter-se-ia obrigado sob condições diferentes<sup>456</sup>.

Com essa decisão, o caminho para a imprevisão no Brasil foi iniciado.

Pela interpretação de Victoire Lasbordes, em estudo da imprevisão no Direito brasileiro, a aceitação deveu-se ao princípio da boa-fé:

[...] se a revisão dos contratos pelo juiz foi primeiramente admitida pelo legislador brasileiro em áreas especiais, os tribunais rapidamente ultrapassaram a moldura legal, reconhecendo à boa-fé um lugar especial na área contratual<sup>457</sup>.

Em termos de legislação, o Código Civil de 1916 não fez menção direta à possibilidade de revisão ou rescisão contratual pelo advento de fatos imprevisíveis, mas deixava antever em alguns artigos uma espécie de

<sup>456</sup> SIDOU, J. M. Othon. **A revisão judicial dos contratos e outras figuras jurídicas**. Rio de Janeiro, Forense, 1984, p. 92.

<sup>457</sup> “Si la révision des contrats par le juge a d’abord été admise par le législateur brésilien dans des domaines spéciaux, les tribunaux ont rapidement dépassé le cadre légal, reconnaissant à la bonne foi une place essentielle dans le domaine contractuel” (LASBORDES, Victoire. **Les contrats déséquilibrés**. Aix-Marseille: Presses Universitaires D’Aix Marseille, 2000. Tome II, p. 544).

imprevisão, destinada a rever outras situações que não as contratuais, como, por exemplo, no art. 401, no capítulo VII, alimentos:

Art. 401. Se, fixados os alimentos, sobrevier mudança na fortuna de quem os supre, ou na de quem os recebe, poderá o interessado reclamar do juiz, conforme as circunstâncias, exoneração, redução, ou agravação do encargo.

Márcio Klang acredita que o Código de 1916 contemplaria, implicitamente, a teoria da imprevisão:

[...] se a forma manifesta da vontade, isto é, a linguagem, não corresponder mais à intenção original das partes, em face de eventos imprevisíveis e supervenientes, produtores da defasagem, impor-se-á a revisão do contrato, para adequá-lo a nova realidade, evitando-se, assim, a ruína do devedor [...] <sup>458</sup>.

O artigo que para Klang traria veladamente a imprevisão seria o art. 85. Vejamos:

Art. 85. Nas declarações de vontade se atenderá mais à sua intenção que ao sentido literal da linguagem <sup>459</sup>.

Leis e decretos específicos posteriores ao Código admitiram a revisão contratual pela imprevisão como a “Lei de Luvas”, Decreto Federal 24.150/34, que previa em seu art. 31 a revisão judicial dos contratos de locação de imóveis destinados a fins comerciais e industriais, em virtude da modificação das condições econômicas, e a Lei do Inquilinato 6.649/79, cujo art. 49 trazia a possibilidade de revisão judicial do aluguel para adequá-lo ao preço de mercado <sup>460</sup>.

A teoria ganhou força no país com o advento do Código de Defesa do Consumidor, em 1990, Lei 8.078, que em seu art. 6º dispôs entre os direitos básicos do consumidor a “modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam

<sup>458</sup> KLANG, Márcio. *A teoria da imprevisão e a revisão dos contratos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 53.

<sup>459</sup> Código Civil brasileiro de 1916.

<sup>460</sup> THEODORO JUNIOR, Humberto. *Contratos e seus princípios*. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide, 1999, p. 120; BRUNO, Vânia Maria da Cunha. *A teoria da imprevisão e o atual direito privado nacional*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 1994, p. 57.

prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas”.

A administração pública, que na prática via-se obrigada a rever os contratos que se desequilibravam ao longo de sua execução, para garantir a continuidade dos serviços públicos, passou a fazê-lo de forma menos traumática com o advento da Lei 8.883/94, que alterou a Lei de Licitações e Contratos, de número 8.666/93, inserindo expressamente a possibilidade de alteração dos contratos por imprevisão:

Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:  
[...] para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da Administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando área econômica extraordinária e extracontratual<sup>461</sup>.

O Judiciário brasileiro veio, ao longo do tempo, demonstrando inclinação a aceitar a teoria da imprevisão e a cláusula *rebus sic stantibus*, para permitir a adaptação contratual, sem a necessidade de sua previsão expressa na lei. Analisemos um exemplo: Apelação nº 775.022-1, julgada pela 1.ª Câmara do Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, cuja sentença data de 1 de março de 1999, tendo como relator o Juiz Silva Russo e como apelante Posto de Serviços Diadema Ltda., e apelada Hubras Produtos de Petróleo Ltda., versando a apelação sobre ação para rescisão de contrato de fornecimento de combustíveis em virtude de mudanças em política de preços.

O contrato entre as partes foi firmado na época em que havia controle estatal sobre preços dos combustíveis. Após a conclusão do contrato, houve a liberação do preço dos produtos pelo governo, passando a apelada a fixar livremente o valor do produto adquirido pela apelante, razão pela qual a apelante teria proposto ação no sentido de obter a rescisão do contrato.

<sup>461</sup>Art. 65 da Lei 8.666/93 com redação dada pela Lei n. 8.883, de 8 de jun. de 1994.

Tendo sido vencida no pleito, apelou para o Tribunal de Alçada, buscando a reforma do julgado, alegando que a decisão anterior não teria apreciado devidamente a lide, sendo nulo o pacto em virtude da liberação de preços e a ineficácia da cláusula contratual dispondo a esse respeito, vez que o preço da mercadoria, de fixo, passou a ser fixado unilateralmente pelo apelado.

O Tribunal não acolheu a pretensão do apelante, embasando a decisão na teoria da imprevisão, que não necessariamente levaria ao término do contrato. Decidiu assim o Tribunal pela manutenção do pacto, com fulcro na teoria da imprevisão, aprovando a modificação da cláusula de preços e a diminuição de quantidade de compra compulsória do produto pelo apelante, já decididas anteriormente.

Vejamos a sentença:

A inicial não é inepta, pois contém pedido e causa de pedir, vinculada ao alegado abuso na prática comercial da requerida, o que levou o autor a pedir a rescisão do ajuste.

Tem ele interesse e legitimidade, assim não se havendo falar – também – em carência de ação, como aludem as contra-razões.

Por outro lado, a sentença apreciou a lide, nos limites em que foi proposta, entendendo inexistir motivo para o desfazimento do pacto, uma vez firmado com a condição de exclusividade de distribuição dos produtos da ré (f.).

As partes firmaram o contrato em testilha – ora prorrogado e em vigor – tempos antes da liberação dos preços dos combustíveis.

Quando contrataram vigorava o controle estatal do produto, por isso que o ajuste aludiu ao preço fixado pelo órgão governamental competente.

Mas, posteriormente, os preços foram liberados e a cláusula ficou sem sentido.

É caso típico de aplicação da teoria da imprevisão, que pode – ou não – levar à rescisão do pacto, o que o apelante entende deva ocorrer, forte no texto dos arts. 1.123 e 1.125 do CC.

Não é bem assim.

O fornecimento é de prestação continuada, não se tratando de venda final perfeita e acabada, daí porque cabe ao vendedor – como normalmente acontece – fixar o preço do seu produto, mas o comprador não está obrigado a adquiri-lo por esse valor.

Poder-se-ia objetar com a condição obrigatória, de compra compulsória de quantidades determinadas inserida no ajuste, mas em razão da desregulamentação do setor, com vistas ao aproveitamento do negócio jurídico, essa obrigação deve ser mitigada – como já foi – pela Portaria 9, aludida pela própria apelante (f.).

A rescisão do pacto só caberia – então – caso comprovado abuso por parte da fornecedora, o que não aconteceu, porquanto provas hábeis, produzidas sob o crivo do contraditório, autor não realizou, nem por elas pugnou no apelo.

Portanto, ainda que modificado pelas novas regras, o contrato remanesce, não se vislumbrando conduta da ré que desse ensejo à sua rescisão<sup>462</sup>.

Foi somente com o advento do novo Código Civil, Lei nº 10.406, de 2002, com início de vigência no ano de 2003, que a teoria da imprevisão passou a ser admitida, legalmente, para toda a sorte de contratos com execução continuada ou diferida, sendo permitida a resolução ou a alteração do contrato.

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

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

Art. 480. Se no contrato as obrigações couberem a apenas uma das partes, poderá ela pleitear que a sua prestação seja reduzida, ou alterado o modo de executá-la, a fim de evitar a onerosidade excessiva.

Parece-nos que o Brasil também encontrou inspiração no Direito italiano e na onerosidade excessiva existente naquela legislação, mas, independentemente da fonte de inspiração, com a adoção da imprevisão pela legislação civil, abre-se uma nova era para os contratos que poderão ser mantidos com maior facilidade, em virtude de uma maior flexibilidade da legislação, ainda que os tribunais brasileiros, em uma demonstração de inteligência e acompanhamento dos tempos, já aceitassem, conforme bem demonstramos, a teoria da imprevisão.

#### **3.5.5.4 Paraguai**

O Paraguai, de forma bastante vanguardista, já em 1985 incorporou a teoria da excessiva onerosidade superveniente em seu Código Civil, prevendo a possibilidade de resolução ou modificação dos contratos à execução diferida.

---

<sup>462</sup> Sentença adquirida no site Revista dos Tribunais, < <http://www.rt.com.br>>. Acesso em: 5 jun. 2004.

A lei teve inspiração nitidamente italiana, com uma redação similar a do Código Civil italiano:

**Art. 672.-** En los contratos de ejecución diferida, si sobrevinieren circunstancias imprevisibles y extraordinarias que hicieren la prestación excesivamente onerosa, el deudor podrá pedir la resolución de los efectos del contrato pendientes de cumplimiento.

La resolución no procederá cuando la onerosidad sobrevenida estuviera dentro del alea normal del contrato, o si el deudor fuere culpable.

El demandado podrá evitar la resolución del contrato ofreciendo su modificación equitativa.

Si el contrato fuere unilateral, el deudor podrá demandar la reducción de la prestación o modificación equitativa de la manera de ejecutarlo<sup>463</sup>.

### 3.5.5.5 Peru

Seguindo também a linha jurídica italiana, da onerosidade excessiva, o Peru adota a possibilidade de adaptação contratual em seu Código Civil de 1984:

**Artículo 1.440.**

En los contratos conmutativos de ejecución continuada, periódica o diferida, si la prestación llega a ser excesivamente onerosa por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte perjudicada puede solicitar al juez que la reduzca o que aumente la contraprestación, a fin de que cese la excesiva onerosidad.

Si ello no fuera posible por la naturaleza de la prestación, por las circunstancias o si lo solicitara el demandado, el juez decidirá la resolución del contrato. La resolución no se extiende a las prestaciones ejecutadas.

### 3.5.5.6 Uruguai

Não houve ainda a incorporação da possibilidade de adaptação na legislação civil do Uruguai, que prevê que o contrato faz lei entre as partes, mas, em virtude da disposição do código civil uruguaio, Lei 16.603/94, que apregoa a

---

<sup>463</sup>Código Civil paraguaio, lei n.1.183/85.

Disponível em: <<http://www.paraguaygobierno.gov.py/codigocivilestructurado.html>>. Acesso em: 2 mar. De 2004.

boa-fé e a equidade, os tribunais têm, lentamente, efetuado algumas adaptações contratuais:

1.291

Los contratos legalmente celebrados forman una regla a la cual deben someterse las partes como a la ley misma.

Todos deben ejecutarse de buena fe y por consiguiente obligan, no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las consecuencias que según su naturaleza sean conformes a la equidad, al uso o a la ley<sup>464</sup>.

### 3.5.5.7 Chile

O Chile é praticamente um dos últimos países da América do Sul que resiste a incorporar em sua legislação a adaptação contratual e, doutrinária e jurisprudencialmente, há um grande debate em torno da matéria.

Seu Código Civil dispõe ser o contrato lei para as partes que o celebraram:

Art. 1.545. Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales<sup>465</sup>.

Segundo observa Iturraspe, ao lado de juristas jovens que querem ver a legislação modernizada para acompanhar a tendência legislativa mundial, existem outros, “antiguos profesores aferrados a criterios exegeticos y de lógica jurídica”<sup>466</sup>, que permanecem fiéis ao princípio *pacta sunt servanda*, de força obrigatória dos contratos.

Os juristas que defendem a adaptação o fazem com base na boa-fé, que está ínsita no art. 1.546 do Código Civil daquele país:

Art. 1.546. Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de

<sup>464</sup> Código Civil do Uruguay. Disponível em: <<http://www.parlamento.gub.uy/Leyes.htm>>. Acesso em: 30 de abr. de 2004.

<sup>465</sup> Código Civil do Chile. Disponível em <<http://colegioabogados.org/normas/codice/codigocivil3.html>>. Acesso em: 27 abr. 2004.

<sup>466</sup> ITURRASPE, Jorge Mosset. **La frustración del contrato**. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 1991. p. 172-173.

la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella<sup>467</sup>.

### 3.5.6 AMÉRICA CENTRAL – O MÉXICO

A legislação mexicana não vem acompanhando os progressos do direito internacional comercial e permanece estática na questão da adaptação contratual.

O art. 1.796 do Código Civil mexicano dispõe sobre a força obrigatória dos contratos, mas não regula a possibilidade de adaptação ou revisão:

Art. 1796. Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento; excepto aquellos que deben revestir una forma establecida por la ley. Desde que se perfeccionan obligan a los contratantes no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a las consecuencias que, según su naturaleza, son conformes a la buena fe, al uso o a la ley<sup>468</sup>.

## 3.6 A REVISÃO E A ADAPTAÇÃO OBTIDAS NO JUDICIÁRIO

### 3.6.1 VANTAGENS E DESVANTAGENS DE SE RECORRER AO JUDICIÁRIO

Existem inúmeras dificuldades nos sistemas judiciários para prolatar uma sentença; poucas são as vantagens de recorrer ao juiz estatal na busca de uma adaptação contratual.

Recorrer a esse sistema permite às partes que não conseguiram por si só chegar a um acordo obter ajuda externa, para colocar um fim aos seus conflitos. Contudo, existem outros recursos para essa finalidade que nos parecem mais eficientes.

A segunda vantagem é a imparcialidade que se supõe esteja dotado o magistrado para apreciar os casos.

<sup>467</sup> Código Civil do Chile. Disponível em:

<<http://colegioabogados.org/normas/codice/codigocivil3.html>>. Acesso em: 27 de abr. 2004.

<sup>468</sup> Código Civil do México. <http://www.solon.org/Statutes/Mexico/Spanish/cc-intro.html>. Acesso em 26 de jun. 2004.

Uma última vantagem é que, diretamente, haverá um custo menor para as partes, que não precisarão pagar honorários dos juízes; contudo, indiretamente, pode resultar mais dispendioso litigar nas cortes, como demonstraremos a seguir.

Verificamos em nosso estudo inúmeras desvantagens para as partes envolvidas em um contrato internacional em fazer uso do sistema judiciário estatal para dirimir seus conflitos.

Essas desvantagens vislumbradas não decorrem de uma desconfiança da qualidade ou da capacidade das cortes<sup>469</sup> e de seus magistrados, mas de outros fatores externos dos sistemas legais, que tornam desvantajoso o recurso a esse sistema de solução de controvérsias.

Em primeiro lugar, nos contratos internacionais, na maioria das vezes, as partes não possuem a mesma nacionalidade, o que obrigará uma delas a litigar em país estranho, que pode ser o da outra parte, ou em um país neutro<sup>470</sup>, com sistema judiciário desconhecido, sem falar nas possíveis dificuldades com o idioma local.

Para ir a juízo, a parte precisará contratar advogados daquele sistema judiciário, pois seus procuradores poderão desconhecer o sistema escolhido ou não estarão habilitados a litigar em corte estrangeira, o que implica custos adicionais.

Um outro fator de desvantagem é a morosidade do sistema judiciário. Mesmo aqueles situados em países desenvolvidos não gozam da celeridade que se faz necessária aos negócios internacionais. Vejamos um comentário de Steven Harman sobre as cortes americanas, e sendo os Estados Unidos da América o grande líder econômico da atualidade, supostamente, deveria ter um dos sistemas mais céleres do mundo:

O acúmulo de casos no registro civil de casos pendentes no distrito de Los Angeles, Califórnia, excede a 70.000, com aproximadamente mais 1.000 casos adicionais por mês. Apenas os casos que estão protocolados por cinco anos e com risco de perder a validade recebem data de julgamento<sup>471</sup>.

<sup>469</sup> RAMBERG, Jan. *International commercial transactions*. Cambridge: Kluwer Law International, 1997, p. 74.

<sup>470</sup> BLANCO, Dominique. *Ob. cit.*, p. 54.

<sup>471</sup> "The backlog of cases on the civil docket in Los Angeles County, California, exceeds 70, 000, with approximately 1, 000 more cases added per month. Only those cases that have been on file for five years and are in danger of being dismissed receive trial dates" (HARMAN, Steven G. *Alleviating hardship arising from inflation and court congestion: toward the use of the*

Podemos imaginar o custo que teria para as partes o tempo de espera por uma decisão judicial nessas condições. Seria condenar o contrato a uma ruptura certa ou determinar a ruína da parte prejudicada antes que esta pudesse ver seu pleito apreciado.

Não bastando os custos, o tempo e as dificuldades, o juiz estatal, ao chegar a uma decisão, prolatará uma sentença fundamentada na legislação que lhe ampara o procedimento, nos conhecimentos técnicos que possui e nos fatos apresentados pelas partes.

Jorge Mosset Iturraspe interpreta como se dá a revisão:

[...] la revisión consiste en el análisis de las estipulaciones convenidas, previa interpretación e integración, y su consideración a la luz de determinados criterios o pautas, para concluir manteniéndolas o modificándolas, o bien lo que es aún mas grave, resolviendo el negocio<sup>472</sup>.

As partes, ao submeterem seus contratos à possibilidade de intervenção da justiça estatal, devem se recordar que o juiz estatal poderá não ter todo o conhecimento que as partes possuem sobre o negócio do contrato e, portanto, sua decisão nem sempre será a mais adequada.

Norbert Horn é muito claro a esse respeito quando trata em sua obra da possibilidade de revisão do contrato pelo Judiciário ou por um tribunal arbitral:

Cortes e tribunais arbitrais, contudo, ainda que possam atuar sob conceitos legais flexíveis de adaptação contratual (ex.: como os previstos na Alemanha e na Itália) ou como *amiable compositeurs* (na legislação francesa), não terão necessariamente a mesma capacidade considerável de flexibilidade que as partes, por si mesmas, teriam em uma renegociação privada. Isso porque uma corte ou um árbitro, ainda que lhes dados amplos poderes discricionários, devem tomar uma decisão baseada na lei, ou, ao menos, em padrões legais de justiça e equidade. Além do mais, uma corte ou um tribunal freqüentemente não pode entender todas as implicações práticas de uma problema de adaptação na extensão necessária para reescrever um contrato complexo para as partes<sup>473</sup>.

---

conditional specific performance decree. *Southern California Law Review*. v. 56, n. 3, Los Angeles: University of South California, march 1983, p. 797).

<sup>472</sup> ITURRASPE, Jorge Mosset. Ob. cit., p. 366.

<sup>473</sup> "Courts or arbitral tribunals, however, even if they may act under flexible legal concepts of contract adaptation (e.g., as provided in German or Italian law) or as *amiable compositeur*

Assim, ainda que seja um recurso do qual as partes podem lançar mão na tentativa de solucionar os desequilíbrios contratuais, não é o mais recomendável, ao menos para a área contratual, nos moldes tradicionais do Judiciário atual.

### 3.7 OUTRA POSSIBILIDADE DE RECURSO AO JUDICIÁRIO – O JUIZ COMO CONCILIADOR

Alguns sistemas legais admitem que os juízes estatais sejam procurados pelas partes na qualidade de conciliadores.

Entre os princípios dispostos ao juiz, grande parte dos sistemas judiciários dispõe que o juiz tem como incumbência tentar conciliar as partes, o que lhe colocaria no papel de conciliador, e não de julgador: “A lei cria ou desenvolve de maneira geral ou especial a conciliação ou a mediação judiciária”<sup>474</sup>.

Para que possa fazer o papel de mediador e conciliador, o juiz necessita de amparo legal para tanto, podendo esse amparo vir do sistema legal estatal, daquele escolhido pelas partes ou de disposição contratual, mas, antes de tudo, deve ser admitido pelas regras judiciais que o juiz precisa seguir ou não ser proibido pelas regras de ordem pública<sup>475</sup>.

#### 3.7.1 EXEMPLOS DE ALGUMAS LEGISLAÇÕES QUE ADMITEM O JUIZ COMO MEDIADOR

---

(under French law) do not necessarily have the same wide scope of flexibility the parties would themselves have in a private renegotiation. This is so because a court or arbitrator, even if given wide discretionary powers, must render a decision based on law or, at least, legal standards of fairness and equity. Moreover, a court or tribunal is often not able to understand all of the practical implications of an adaptation problem to the extent necessary for rewriting a complex contract for the parties” (HORN, Norbert. **Procedures of contract adaptation and renegotiation in international commerce**: adaptation and renegotiation of contracts in international trade and finance. Deventer: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1985, p. 189).

<sup>474</sup> “La loi crée ou développe de manière générale ou spéciale la conciliation ou la médiation judiciaire” (JARROSSON, Charles. **La notion d’arbitrage**. Paris: Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, 1987, p. 333).

<sup>475</sup> JARROSSON, Charles. Ob. cit., p. 334.

Direta ou indiretamente, algumas legislações admitem o juiz como conciliador ou mediador de uma causa.

### 3.7.1.1 Argentina

No sistema judiciário argentino, o papel de conciliador do juiz é estipulado como sendo um dever de ofício.

Dispõe o “Codigo Procesal Civil y Comercial” da Argentina:

#### DEBERES Y FACULTADES ORDENATORIAS E INSTRUCTORIAS

Art. 36. - Aún sin requerimiento de parte, los jueces y tribunales deberán:

.....  
2) Intentar una conciliación total o parcial del conflicto o incidente procesal, pudiendo proponer y promover que las partes deriven el litigio a otros medios alternativos de resolución de conflictos.

En cualquier momento podrá disponer la comparecencia personal de las partes para intentar una conciliación<sup>476</sup>.

O juiz como conciliador age no intuito de apaziguar as partes, tentando compor seus interesses e solucioná-los de forma amigável.

### 3.7.1.2 Brasil

No Brasil, a conciliação é admitida com efeito de mediação, em que o juiz fará o papel de intermediador da negociação, procurando encaminhar as partes para a solução de seus litígios por meio de um acordo.

Diversos artigos do Código de Processo Civil trazem a conciliação:

**Art. 277.** O juiz designará a audiência de conciliação a ser realizada no prazo de trinta dias, citando-se o réu com a antecedência mínima de dez dias e sob advertência prevista no § 2º deste artigo, determinando o comparecimento das partes. Sendo ré a Fazenda Pública, os prazos contar-se-ão em dobro.  
**§ 1º** A conciliação será reduzida a termo e homologada por sentença, podendo o juiz ser auxiliado por conciliador.

<sup>476</sup> Redação dada pelo art. 2º da lei 25.488, de 22 de nov. De 2001.,

**Art. 331.** Se não ocorrer qualquer das hipóteses previstas nas seções precedentes, e versar a causa sobre direitos que admitam transação, o juiz designará audiência preliminar, a realizar-se no prazo de 30 (trinta) dias, para a qual serão as partes intimadas a comparecer, podendo fazer-se representar por procurador ou preposto, com poderes para transigir.

§ 1º Obtida a conciliação, será reduzida a termo e homologada por sentença.

§ 2º Se, por qualquer motivo, não for obtida a conciliação, o juiz fixará os pontos controvertidos, decidirá as questões processuais pendentes e determinará as provas a serem produzidas, designando audiência de instrução e julgamento, se necessário.

**Art. 447.** Quando o litígio versar sobre direitos patrimoniais de caráter privado, o juiz, de ofício, determinará o comparecimento das partes ao início da audiência de instrução e julgamento.

Parágrafo único. Em causas relativas à família, terá lugar igualmente a conciliação, nos casos e para os fins em que a lei consente a transação.

**Art. 448.** Antes de iniciar a instrução, o juiz tentará conciliar as partes. Chegando a acordo, o juiz mandará tomá-lo por termo.

**Art. 449.** O termo de conciliação, assinado pelas partes e homologado pelo juiz, terá valor de sentença.

**Art. 584.** São títulos executivos judiciais:

I - a sentença condenatória proferida no processo civil;

II - a sentença penal condenatória transitada em julgado;

III - a sentença homologatória de conciliação ou de transação, ainda que verse matéria não posta em juízo<sup>477</sup>.

### 3.7.1.3 Bolívia

O “Código de Procedimiento Civil” da Bolívia faz diversas menções à possibilidade de conciliação, proposta pelas próprias partes ou pelo juiz:

#### **CAPITULO XI CONCILIACION**

**Art. 180.- (PROCEDENCIA).**

Procederá la conciliación en los procesos civiles, siempre que no fuere parte el Estado, las municipalidades, los establecimientos de beneficencia, las entidades de orden público ni los incapaces de contratar, y podrá realizarse como diligencia previa o durante el proceso a instancias del juez. (Art. 713; Art. 945 del Código Civil).

<sup>477</sup> Código de Processo Civil brasileiro. Disponível em : <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em : 25 de jun. de 2004.

**Art. 181.- (CONCILIACION COMO DILIGENCIA PREVIA).**

Quien intente la conciliación antes de interponer la demanda, acudirá al juez competente:

- 1) Expresando sus razones o pretensiones y pidiendo la citación del demandado para conciliar diferencias.
- 2) El juez dispondrá la comparecencia del demandado, señalando día y hora para audiencia la cual deberá realizarse en el plazo máximo de tres días, con presencia de las partes o sus representantes con poder especial, pudiendo asistirse de sus abogados.
- 3) El juez exhortando a las partes tratando de obtener la conciliación total o parcial de sus diferencias.
- 4) Si las partes llegaren a un acuerdo total suscribirán conjuntamente con el juez el acta de conciliación, la cual tendrá el valor de cosa juzgada. Su cumplimiento podrá exigirse en proceso de ejecución.
- 5) Si sólo hubiere acuerdo parcial se hará constar en el acta de conciliación, y la demanda posterior recaerá únicamente sobre los puntos no conciliados.
- 6) Si no hubiere acuerdo se dará por concluida la diligencia.
- 7) Si alguna de las partes no compareciere se dará por terminada la diligencia, salvo que se alegare impedimento, caso en el cual se señalará día y hora para una nueva y última audiencia.
- 8) Si el juez estimare conveniente podrá postergar la audiencia por tres días, a menos que las partes acordaren otro plazo, dejándose constancia. A la nueva audiencia las partes comparecerán sin necesidad de citación.
- 9) El secretario levantará acta circunstanciada de la audiencia y la transcribirá en el libro de conciliaciones que estará a su cargo. (Arts. 147, 182)

**Art. 182.- (CONCILIACION A INSTANCIA DEL JUEZ)**

El juez hasta antes de la sentencia podrá llamar a las partes a conciliación, cumpliendo al efecto con los trámites determinados en el artículo precedente. (Art. 181)

**Art. 183.- (SALVEDAD PARA EXCUSA O RECUSACION).**

Las opiniones emitidas por el juez en la audiencia de conciliación no son causas de excusa ni de recusación<sup>478</sup>.

### 3.7.1.4 Chile

A legislação chilena, ademais de admitir a conciliação, em uma demonstração de vanguarda, admite o juiz como *amiable compositeur*. Vejamos a disposição do “Código de Procedimiento Civil”:

Título II  
DE LA CONCILIACION

<sup>478</sup> Código Procedimiento Civil da Bolívia. Disponível em: <<http://www.biblioteca.jus.gov.ar/CPCBolivia.html>>. Acesso em : 25 de jun. de 2004.

Art. 262. En todo juicio civil en que legalmente sea admisible la transacción, con excepción de los juicios o procedimientos especiales de que tratan los Títulos I, II, III, V y XVI del Libro III, una vez agotados los trámites de discusión y siempre que no se trate de los casos mencionados en el artículo 313, el juez llamará a las partes a conciliación y les propondrá personalmente bases de arreglo.

Para tal efecto, las citará a una audiencia para un día no anterior al quinto ni posterior al decimoquinto contado desde la fecha de notificación de la resolución. Con todo, en los procedimientos que contemplan una audiencia para recibir la contestación de la demanda, se efectuará también en ella la diligencia de conciliación, evacuado que sea dicho trámite.

El precedente llamado a conciliación no obsta a que el juez pueda, en cualquier estado de la causa, efectuar la misma convocatoria, una vez evacuado el trámite de contestación de la demanda.

Art. 263. El juez obrará como amigable componedor Tratará de obtener un avenimiento total o parcial en el litigio. Las opiniones que emita no lo inhabilitan para seguir conociendo de la causa.

Art. 264. A los comparendos de conciliación deberán concurrir las partes por sí o por apoderado. No obstante, el juez podrá exigir la comparecencia personal de las partes, sin perjuicio de la asistencia de sus abogados.

En los procesos en que hubiere pluralidad de partes, la audiencia se llevará a efecto aunque no asistan todas. La conciliación operará entre aquellas que la acuerden y continuará el juicio con las que no hubieren concurrido o no hubieren aceptado la conciliación.

Art. 265. Si los interesados lo piden, la audiencia se suspenderá hasta por media hora para deliberar. Si el tribunal lo estima necesario postergará la audiencia para dentro de tercero día, salvo que las partes acuerden un plazo mayor, y se dejará de ello constancia. A la nueva audiencia éstas concurrirán sin nueva notificación.

Art. 266. El juez de oficio ordenará agregar aquellos antecedentes y medios probatorios que estime pertinentes.

Art. 267. De la conciliación total o parcial se levantará acta, que consignará sólo las especificaciones del arreglo; la cual subscribirán el juez, las partes que lo deseen y el secretario, y se estimará como sentencia ejecutoriada para todos los efectos legales.

Art. 268. Si se rechaza la conciliación, o no se efectúa el comparendo, el secretario certificará este hecho de inmediato, y entregará los autos al juez para que éste, examinándolos por sí mismo, proceda en seguida a dar cumplimiento a lo señalado en el artículo 318. (grifamos)<sup>479</sup>.

---

<sup>479</sup> Código de Procedimiento Civil. Disponible en:

<<http://colegioabogados.org/normas/codice/cpc.html>>. Acceso em: 26 jun. 2004.

### 3.7.1.5 França

Na França, com o Novo Código de Procedimento Civil, permite-se ao juiz, à requisição das partes, agir como *amiable compositeur*, bem assim coloca entre os deveres do juiz conciliar as partes:

Art. 12. Nascido o litígio, as partes também podem, nas mesmas matérias e sob as mesmas condições, conferir ao juiz a missão de decidir como *amiable compositeur*, sob reserva de apelação se elas não tiverem especialmente renunciado<sup>480</sup>.

Art. 21 Está dentro da missão do juiz conciliar as partes<sup>481</sup>.

### 3.7.1.6 Itália

A Itália traz em seu *Codici de Procedura Civile* diversas previsões legais sobre a possibilidade de conciliação, assumindo o juiz a função de fazer com que as partes entrem em acordo sobre seus litígios:

Art. 183. Primeira audiência de debates

Na primeira audiência de debates, o juiz instrutor interroga livremente as partes presentes e, quando a natureza da causa permite, tenta a conciliação. A ausência das partes sem justificativa será avaliada nos termos do § 2º. do art. 116.

Art. 185. A tentativa de conciliação

Se admissível pela natureza da causa, na primeira audiência o juiz instrutor deve tentar conciliar as partes, determinando nessa hipótese o comparecimento pessoal delas. A tentativa de conciliação pode ser renovada a qualquer momento da instrução. Quando as partes conciliam a causa, a respectiva convenção é tomada a termo e constitui título executivo<sup>482</sup>.

<sup>480</sup> “Le litige né, les parties peuvent aussi, dans les mêmes matières et sous la même condition, conférer au juge mission de statuer comme amiable compositeur, sous réserve d'appel si elles n'y ont pas spécialement renoncé”.

<sup>481</sup> “Il entre dans la mission du juge de concilier les parties”.

<sup>482</sup> “183-(Prima udienza di trattazione)

Nella prima udienza di trattazione il giudice istruttore interroga liberamente le parti presenti e, quando la natura della causa lo consente, tenta la **conciliazione**. La mancata comparizione delle parti senza giustificato motivo costituisce comportamento valutabile ai sensi del secondo comma dell'articolo 116.

185-Tentativo di **conciliazione**)

Se la natura della causa lo consente, il giudice istruttore, nella prima udienza, deve cercare di conciliare le parti, disponendo, quando occorre, la loro comparizione personale (1). Il tentativo di **conciliazione** può essere rinnovato in qualunque momento dell'istruzione. Quando le parti si

### 3.7.1.7 Uruguai

Também apresenta disposições relativas à possibilidade de conciliação o “Código General de Processo do Uruguay”:

#### CAPITULO VI

#### Medios Extraordinarios de Conclusión del Proceso

#### SECCION I

#### Conciliación y Transacción

Artículo 223. Oportunidad y trámite.- Las partes podrán conciliar o transar la litis en cualquier estado del proceso; antes de existir sentencia ejecutoriada, aun después de la audiencia de conclusión de la causa. El acuerdo deberá presentarse en escrito suscrito por las partes o realizarse ante el tribunal de lo que se dejará constancia en acta.

El tribunal aprobará toda conciliación o transacción que verse sobre derechos disponibles, siempre que se ajuste a los requisitos sustanciales y a la naturaleza del derecho en litigio, declarando en tal caso concluso el proceso si aquéllas versan sobre la totalidad de las cuestiones debatidas, quedando sin efecto cualquier sentencia dictada que no se encuentre firme. Si la conciliación o la transacción sólo recaen sobre parte del litigio o se relacionan con alguno de los litigantes, el proceso continuará respecto de los puntos no comprendidos en ellas o de las personas no afectadas por las mismas. En este último caso deberá tenerse en cuenta lo dispuesto por el artículo 46.

Artículo 224. Eficacia.- La conciliación o transacción que ponen fin al proceso surten el mismo efecto que la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada

Artículo 225. Costas y costos.- Cuando el proceso termine por conciliación o transacción cada parte pagará sus gastos, salvo convención en contrario<sup>483</sup>.

É válido ressaltar que a conciliação nos tribunais guarda maior similitude com o que entendemos seja, na verdade, mediação.

## 3.8 RETORNO À MESA DE NEGOCIAÇÕES APÓS RECURSO AO JUDICIÁRIO

---

sono conciliate, si forma processo verbale della convenzione conclusa. Il processo verbale costituisce titolo esecutivo”.

<sup>483</sup> Código de Procedimiento Civil Uruguayo. Disponível em <<http://www.parlamento.gub.uy/Leyes.htm>>. Acesso em : 26 jun. 2004.

Obtida uma sentença judicial, nada impede que as partes decidam reiniciar as negociações e proceder à adaptação contratual, caso isso não tenha sido determinado pelo Judiciário.

Joachim Frick vê no litígio uma forma que as partes encontram para forçar os oponentes a retornar à mesa de negociações:

Algumas vezes, com certeza, as partes também usam os processos judiciais para melhorar sua posição de negociação. Por exemplo, eles podem “tentar obter julgamentos concernentes à obrigação de seus oponentes, usando estes para retornar à mesa de negociações com menos obstáculos para superar nas negociações para uma modificação contratual” [...]<sup>484</sup>.

Parece-nos extremada a possibilidade de se recorrer às cortes para conseguir fazer com que os contendores voltem a se entender; aliás, cremos praticamente impossível, após uma decisão judicial, que isso ocorra.

A possibilidade que entendemos mais plausível é a negociação no curso do processo e a desistência deste em nome de uma solução pacífica.

---

<sup>484</sup> “Sometimes, of course, parties also use court proceedings to improve their negotiating position. For example, they can try “to obtain judgments concerning their opponents liability, using these to return to the bargaining table with a narrowed gap to bridge in the ongoing negotiations for a contract modification [...]” (FRICK, Joachim G. **Arbitration and complex international contracts**. Haia: Kluwer Law International, 2001, p. 8).

## CONCLUSÃO

O tema contratual é apaixonante. Quanto mais nos dedicamos a esse estudo, mais nos enamoramos dele. Estudar a renegociação e a adaptação contratual nos permitiu aprofundar o conhecimento sobre a matéria e chegar a algumas conclusões, apresentadas a seguir.

Inicialmente, verificamos que, no âmbito internacional, existem diversos mecanismos que se destinam à preservação contratual, seja de forma automática, seja pela adaptação dos termos, obtida por meio de renegociação. Esses mecanismos são de ordem legal, doutrinária, jurisprudencial ou apenas fruto da prática contratualista.

Não há uma uniformidade de procedimentos e de compreensão sobre as formas de renegociação e de adaptação contratuais possíveis. Cada país, cada sistema jurídico, tem cláusulas e institutos diferentes para essas finalidades, ou compreensões diferentes sobre seus significados, havendo grande dificuldade na equalização dos termos e dos institutos.

Além disso, foi possível observar alguma confusão entre institutos e cláusulas. Por exemplo, notamos que cláusulas de força maior, em alguns contratos, são redigidas e apresentam estrutura idêntica à cláusulas *hardship*, que doutrinadores relatam a intervenção de terceiro por conciliação com intervenção por mediação, e os tomam, muitas vezes, como institutos idênticos.

De modo geral, constatamos que ainda existe certa resistência por parte dos tribunais estatais e também de cortes arbitrais em proceder à adaptação do contrato, quando não há disposição legal ou contratual prevendo expressamente essa possibilidade.

Reconhecemos o pensamento internacional de que existe o dever dos contratantes de proceder de boa-fé e de cooperar. Esses deveres são princípios tidos como inerentes aos contratos, tanto pelas legislações como por cortes estatais e arbitrais.

Assim, advertimos que renegociar e adaptar os contratos desequilibrados são requisitos de boa-fé e da cooperação que devem imbuir o espírito dos contratantes. Portanto, na falta de determinação expressa nesse sentido,

acreditamos que as partes, julgadores e árbitros têm o poder de rever os termos em nome da boa-fé e da equidade.

Depreendemos também, de todo nosso estudo, que a forma mais eficiente de se obter a adaptação contratual é pela renegociação dos contratos pelas próprias partes, imbuídas de boa-fé e cooperação, para encontrar soluções que permitam conseguir ganhos e evitar prejuízos recíprocos.

A autonomia da vontade das partes em direito internacional é regra (que, naturalmente, comporta exceções), podendo os contratantes escolher o que melhor lhes aprouver ao redigir seus contratos. Sendo assim, por ser ainda controverso o tema da adaptação contratual, é recomendável que as partes façam menção expressa a essa possibilidade em seus termos, para evitar que a decisão de sua possibilidade fique nas mãos de terceiros, sejam eles árbitros ou juizes.

Entendemos que a melhor cláusula para a preservação dos contratos de forma pacífica é, com certeza, a cláusula de *hardship*, que contém a obrigação para as partes de renegociar os contratos em caso de desequilíbrios, para possibilitar as adaptações necessárias ao prosseguimento do contrato.

Advertimos a necessidade de que as partes prevejam a possibilidade do malogro de suas tentativas de renegociação, incluindo cláusulas que permitam a intervenção de terceiros, na tentativa de evitar litígios e promover seu entendimento, obtendo o fim almejado de continuação dos negócios mediante alterações no contrato.

Toda forma de litígio deve ser evitada pelo simples fato de danificar as relações das partes e de pôr em risco a continuidade do contrato.

Não sendo possível evitar que os problemas se tornem passíveis de disputas legais, é melhor que as partes recorram ao procedimento arbitral do que às cortes estatais, vez que terão maior controle sobre os acontecimentos e contarão com profissionais técnicos especializados e grande probabilidade de resolverem as questões em menor prazo.

Na impossibilidade de evitar a ocorrência do litígio e iniciados os procedimentos arbitrais ou judiciais para sua dirimência, nada impede que as partes retomem a renegociação e que cheguem por si mesmas às soluções desejadas, finalizando os conflitos.

O mais importante a se ressaltar de todo o nosso trabalho é que o contrato deve ser preservado, e todos os esforços das partes contratantes, terceiros

intervenientes, árbitros e juízes devem ser nesse sentido. O contrato é de interesse social, além do privado. Preservá-lo equilibrado é princípio de boa-fé e de justiça.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEMANHA. Seção III do Código Civil Alemão. Disponível em: <<http://www.hull.ac.uk/php/lastcb/bgbengl.htm>>. Acesso em: 13 maio 2004.

ALTERINE, Atilio Aníbal. **Contratos: civiles – comerciales – de consumo: Teoría general**. Buenos Aires: Abeledo-Perrott, 1999.

ARGENTINA. **Código Civil argentino**. Lei 17.711. Disponível em: <<http://infoleg.mecon.gov.ar>>. Acesso em: 11 mar. 2004.

ARGENTINA. **Corte Suprema da Argentina**. Disponível em: <<http://www.csjn.gov.ar/jurisp/principal.htm>>. Acesso em: 20 jul. 2004.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria geral das obrigações**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

BARTELS, Martin. **Contractual adaptation and conflict resolution**. Haia: Kluwer Law International, 1985.

BELL, Andrew S. **Jurisdiction and arbitration agreements in transnational contracts**. Part I. *Journal of Contract Law*, Adelaide: Butterworths, v. 10, n. 1, May 1996.

BERMAN, Harold J. **Non-performance and force majeure in international trade contracts: Some Problems of non-performance and force majeure in international contracts of sale**. In: *Colloque de L'association Internationale des Sciences Juridiques a Helsinki*, 20 au 22 juin 1960. **Annales...** Helsinki: Institutum Iurisprudentiae Comparativae Universitatis Helsingiensis, 1961.

BERNARDINI, Piero. The renegotiation of investment contract. **Journal of Contract Law**, Sydney: Butterworths, v. 13, n. 3, Nov. 1998.

BESSION, Charles. **La force obligatoire du contrat et les changement dans les circonstances**. Yverdon: Henri Cornaz, 1955. (Tese em Licenciatura e Doutorado da Faculdade de Lausanne).

BESSONE, Darcy de Oliveira Andrade. **Do contrato**. Rio de Janeiro: Forense, 1960.

BITTAR FILHO, Carlos Alberto. **Teoria da imprevisão: dos poderes do juiz**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

BLANCO, Dominique. **Négociier et rédiger un contrat international**. 3. ed. Paris: Dunod, 2002.

BLESSING, Marc. **Regulation in arbitration rules on choice of law: planning efficient arbitration proceedings: the law applicable in international arbitration.** Hague: Kluwer Law International, 1996.

BOLÍVIA. **Código Civil boliviano.** Ley 12.760 de fecha 6 de agosto de 1975. Disponível em: <<http://www.geocities.com/bolilaw/legisla.htm>>. Acesso em: 13 maio 2004.

BORGES, Nelson. **Inexecução voluntária das obrigações civis e teoria da imprevisão.** 1966. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 1966.

BOUGHABA, Mohammed. **Les clauses d'adaptation économique et monétaire dans les contrats privés internationaux.** Thèse de doctorat. Lausanne: Huber Druck AG, 1984.

BRASIL. **Lei 8.666/93** com Redação dada pela Lei n. 8.883, de 8 jun. 1994. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 2 fev. 2004.

BRASIL. **Código de Processo Civil.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 25 jun. 2004.

BRINER, Robert. **The law applicable in international arbitration.** In: *Planning Efficient Arbitration.* International Council for Commercial Arbitration. **Proceedings...** Haia: Kluwer Law International, 1996. Congress Series n. 7.

BROWN, David. **Dispute resolution: ADR, litigation, arbitration.** Seminário CCI "Negotiating, drafting and performing international contracts". Paris, 3-20 sept. 2001.

BRUNO, Vânia Maria da Cunha. **A teoria da imprevisão e o atual direito privado nacional.** Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 1994.

CAIVANO, Roque J. **Arbitraje.** 2. ed. Buenos Aires: Ad Hoc, 2000.

CALAMARI, John D.; PERILLO, Joseph M. **The law of contracts.** 4. ed. Minnesota: West Group, 1998.

CARAVACA, Alfonso L. Calvo; DE LA GÁNDARA, Luis Fernández (Coord.). **Contratos internacionales.** Madrid: Tecnos, 1997.

CARBONNIER, Jean. **Théorie des obligations.** Paris: Presses Universitaires de France, 1963.

CARTER, J. W. The renegotiation of contracts. **Journal of Contract Law,** Sydney: Butterworths, v. 13, n. 3, Nov. 1998.

CHAMBRE DE COMMERCE INTERNATIONALE DE PARIS. Disponível em: <<http://www.iccwbo.org>>. Acesso em: 5 fev. 2004.

CHATILLON, Stéphane. **Le contrat international.** Paris: Vuibert, 2001.

- CHILE. **Código Civil.** Disponível em: <<http://colegioabogados.org/normas/codice/codigocivil3.html>>. Acesso em: 27 abr. 2004.
- CHILE. **Código de Procedimiento Civil.** Disponível em: <<http://colegioabogados.org/normas/codice/cpc.html>>. Acesso em: 26 de jun. de 2004.
- CHIRELSTEIN, Marvin A. **Concepts and case analysis in the law of contracts.** New York: Foundation Press, 1990.
- COLIN, Ambroise; CAPITANT, Henri. **Précis de droit civil.** 9. ed. Paris: Dalloz, 1950. Tome Second.
- COMAIR-OBEID, Nayla. **La negociation, la redaction et l'exécution des contrats internationaux.** Paris: Institut du Droit des Affaires Internationales, 2002.
- CONFOEDERATIO HELVETICA. **Convenção de Viena.** Les autorités fédérales de la Confédération Suisse. Disponível em: <[http://www.admin.ch/ch/fr/rs/c0\\_221\\_211\\_1.html](http://www.admin.ch/ch/fr/rs/c0_221_211_1.html)>. Acesso em: 3 abr. 2004.
- CONVENÇÃO DE VIENA. Disponível em: <[http://www.legifrance.gouv.fr/html/traitesinternationaux/liste\\_traites.htm](http://www.legifrance.gouv.fr/html/traitesinternationaux/liste_traites.htm)>. Acesso em: 25 maio 2004.
- CORNU, Gerard. **Vocabulaire juridique.** 4. ed. Paris: Presses Universitaires de France, 2003.
- COSTA, Judith H. Martins. A teoria da imprevisão e a incidência dos planos econômicos governamentais na relação contratual. **Revista dos Tribunais**, v. 670, ago. 1991.
- COUR DE CASSATION FRANÇAISE. Chambre Commerciale, Audience Publique de 3 novembre 1992. n. du pourvoi : 90-18547 Disponível em: <[http://www.courdecassation.fr/\\_arrets/arrets.htm](http://www.courdecassation.fr/_arrets/arrets.htm)>. Acesso em: 23 dez. 2003.
- CRANDALL, Thomas D.; WHALEY, Douglas J. **Cases, problems, and materials on contracts.** 2. ed. Boston: Little, Brown & Company, 1993.
- DE PAGE, Henri. **Traité élémentaire de droit civil belge.** 3. ed. Bruxelles: Bruylant, Tome III.
- DE PLÁCIDO E SILVA. **Vocabulário jurídico.** 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.
- DELACOLLETTE, Jean. **Les contrats de commerce internationaux.** 3. ed. Bruxelles: De Boeck Université, 1996.
- DELAUME, Georges R. **Transnational contracts applicable law and settlement of disputes: a study in conflict avoidance.** New York: Oceana, 1997.

DELAUME, Georges, R. **Law and practice of international transnational contracts**. New York: Oceana, 1988.

DESCARTES, René. **Objecções e respostas**. São Paulo: Abril Cultural, 1973. Tomo XV.

DiMATTEO, Larry A. **Equitable law of contracts: standards and principles**. New York: Transnational Publishers, 2001.

DiMATTEO, Larry A. Resolving international contract disputes. **Dispute Resolution Journal**, New York, n. 4, 1998.

DiMATTEO, Larry A. **The law of international contracting**. Haia: Kluwer Law International, 2000.

DONNINI, Rogério Ferraz. **A revisão dos contratos no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1999.

DRAETTA, Ugo; LAKE, Ralph. **Contrats internationaux: pathologie et remèdes**. Bruxelles: Bruylant, 1996.

DRAETTA, Ugo; LAKE, Ralph; NANDA, Ved P. **Breach and adaptation of international contracts: an introduction to lex mercatoria**. New Hampshire: Butterworth, cap. 6, 1992.

EGITO. **Código Civil Egípcio**. Disponível em: <<http://www.kluwerarbitration.com>>. Acesso em: 3 abr. 2004.

EGITO. **Cairo Regional Centre for International Commercial Arbitration** - <[http://www.jurisint.org/pub/03/en/F\\_6992.htm](http://www.jurisint.org/pub/03/en/F_6992.htm)>. Acesso em: 12 mar. 2004.

EL-AHDAB, Abdul Hamid. **Arbitration with the arab countries**. 2. ed. Haia: Kluwer Law International, 1999.

EL-HAKIM, Jacques. Les modes alternatifs de règlement des conflits dans le droit des contrats. **Revue International de Droit Compare**, Paris: Centre Français de Droit Comparé, ano 49, n. 2, avr./juin. 1997.

ESPAÑA. **Código Civil Espanhol**. Disponível em: <<http://civil.udg.es/normacivil/estatal/CC/L4.htm>>. Acesso em: 14 maio 2004.

FABRE, Regis. Les clauses d'adaptation dans les contrats. **Revue Trimestrielle de Droit Civil**, Paris: Sirey, n. 1, 1983.

FARNSWORTH, E. Allan. **United States Contract Law**. New York: Juris Publishing, 1999.

FISHER, Roger; URY, William. **Getting to yes: negotiating agreement without giving in**. New York: Penguin Books, 1983.

FOREIGN TRADE INFORMATION SYSTEM. Disponível em: <<http://www.sice.oas.org/dispute/comarb/iacac/iacac1e.asp>>. Acesso em: 12 mar. 2004.

FOURCHAULT, Charles. **De la mediation**. Paris: Arthur Rousseau, 1900. (Thèse pour le doctorat).

FOX JR, Willian F. **International commercial agreement: a primer on drafting, negotiating and resolving disputes**. 3. ed. Haia: Kluwer Law International, 1998.

FRANÇA. **Código Civil Francês**. Disponível em: <<http://lexinter.net/Legislation/codecivil.htm>>. Acesso em: 14 maio 2004.

FRICK, Joachim G. **Arbitration and complex international contracts**. Haia: Kluwer Law International, 2001.

FRIGNANI, Aldo. **Contratti internazionali e mutamento delle circostanze: Clausole monetarie, hardship, forza maggiore**. Milão: Seme S.P.A., 1989.

GARCEZ, José Maria Rossani. **Contratos internacionais comerciais**. São Paulo: Saraiva, 1994.

GARCIA JÚNIOR, Armando Alvares. **Contratos dolarizados no direito brasileiro**. São Paulo: LTr, 2000.

GIL, Oto. Contrato de empreitada: reajustamento de preço. **Revista Forense**, v. 168, fasc. 641-642, nov./dez., 1956.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

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

HAERYNCK, Wouter Den. **Drafting hardship clauses in international contracts: structuring international contracts**. United Kingdom: Kluwer Law International, 1996.

HARMAN, Steven G. Alleviating hardship arising from inflation and court congestion: toward the use of the conditional specific performance decree. **Southern California Law Review**, Los Angeles: University of South California, v. 56, n. 3, Mar., 1983.

HER MAJESTY'S STATIONERY OFFICE. Disponível em: <<http://www.hmso.gov.uk>>. Acesso em: 14 abr. 2004.

HEUZÉ, Vicent. **Traité des contrats: la vente internationale de marchandises**. Paris: L.G.D.J., 2000.

HORN, Norbert. **Adaptation and renegotiation in international trade and finance**. Deventer: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1985.

HORN, Norbert. **Procedures of contract adaptation and renegotiation in international commerce: adaptation and renegotiation of contracts in International Trade and Finance.** Deventer: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1985.

HORSMANS, Guy. **Évolution des contrast économiques internationaux: le contrat économique international: stabilité et évolution.** Paris: Pédone, 1975.

HOUAIS, Antonio; VILLAR, Mauro Salles. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa.** Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

HUNTER, Howard O. Commentary on the renegotiation of contracts. **Journal of Contract Law**, Sydney: Butterworths, v. 13, n. 3, Nov. 1998.

IACAC. **The Inter-American commercial arbitration commission.** Disponível em: <<http://www.sice.oas.org/dispute/comarb/iacac/iacac1e.asp>>. Acesso em: 13 maio 2004.

ICC. **Chambre de Commerce International. Regras ADR. Artigo 5, item 1 "Mediação".** Disponível em: <<http://www.iccwbo.org>>. Acesso em: 8 fev. 2004.

ICC. **Publication n. 581. Rules of arbitration.** International Court of Arbitration. Paris: ICC, 1999.

ICC. **Publication n.650. Force Majeure Clause 2003: ICC Hardship Clause 2003.** Paris: ICC Publishing, 2003.

ICSID. **International Centre for Settlement Disputes. Decisão n. ARB (AF)/98/1.** Disponível em: <<http://www.unilex.info/dynasite.cfm?dssid=2377&dsmid=13619>>. Acesso em: 22 fev. 2004.

ITÁLIA. **Código Civil italiano.** Disponível em: <[http://www.jus.unitn.it/cardozo/Obiter\\_Dictum/codciv/home.html](http://www.jus.unitn.it/cardozo/Obiter_Dictum/codciv/home.html)>. Acesso em: dez. 2003.

ITURRASPE, Jorge Mosset. **La frustración del contrato.** Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 1991.

ITURRASPE, Jorge Mosset; FALCÓN, Enrique M.; PIEDECASAS, Miguel A. **La frustración del contrato y la pesificación.** Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2002.

JACQUET, Jean-Michel. **Le contrat international.** 2. ed. Paris: Dalloz, 1999.

JARROSSON, Charles. Les modes alternatifs de règlement des conflits: presentation générale. **Revue International de Droit Compare**, Paris: Centre Français de Droit Compare, ano 49, n. 2, avr./juin 1997.

JARROSSON, Charles. **La notion d'arbitrage.** Paris: Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, 1987.

JARVIN, Sigvard; DERAIS, Yves. **Collection of ICC Arbitral Awards: 1974-1975.**, Paris: ICC Publishing S.A.

JARVIN, Sigvard; DERAIS Yves; ARNALDEZ, Jean-Jacques. **Collection of ICC Arbitral Awards : 1986-1990.**, Paris: ICC publishing S.A.

JURIS INTERNATIONAL. **Legal information on international trade.** Disponível em: <[http://www.jurisint.org/pub/03/en/F\\_6992.htm](http://www.jurisint.org/pub/03/en/F_6992.htm)>. Acesso em: 22 mar. 2004.

KAHN, Philippe. **“Lex mercatoria” et contrats internationaux: Le contrat économique international: Stabilité et évolution.** In: JOURNÉES JURIDIQUES, 7., Jean Dabin organisées à Louvain-la-Neuve, les 22-23 novembre 1973. **Annales...** publiés sur les auspices du Centre Charles de Visscher pour le Droit international. Paris: Pedone, 1975.

KASSIS, Antoine. **Le nouveau droit européen des contrats internationaux.** Paris: L.G.D.J, 1993.

KLANG, Márcio. **A teoria da imprevisão e a revisão dos contratos.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

KLOTZ, James M.; BARRET JR, John A. **International sales agreement: an annotated drafting and negotiation guide.** Hague: Kluwer Law International, 1998.

LAGARDE, Xavier. L'efficacité des clauses de conciliation ou de médiation. **Revue de L'arbitrage**, Paris: Revue de L'arbitrage, n. 3, juil./sept. 2000.

LANDO, Ole. **Performance and remedies in the law of contracts: toward a European Civil Code.** Londres: Kluwer Academic Publishers, 1994.

LASBORDES, Victoire. **Les contrats déséquilibres.** Aix-Marseille: Presses Universitaires D'Aix Marseille, 2000. Tome II.

LCIA. **London Court of International Arbitration.** Disponível em: <<http://www.lcia-arbitration.com>>. Acesso em: 10 mar. 2004.

LCIA. **Procedimento de mediação.** Disponível em: <<http://www.lcia-arbitration.com>>. Acesso em: 4 fev. 2004.

LEE, João Bosco. **Arbitragem comercial internacional nos países do Mercosul.** Curitiba: Juruá, 2002.

LEGIX. **Código Civil português** de 1966. Disponível em: <[www.legix.pt](http://www.legix.pt)>. Acesso em: 13 maio 2004.

LES DICTIONNAIRES ROBERT. Montreal: Dictionnaire Le Robert, 1983.

LYNCH, Eugene F.; REED, Barry C.; YOUNG, Douglas R.; TAYLOR, Stephen E.; PURVER, Jonathan M.; DAVIS III, James J. **Negotiation and settlement.** New York: Lawyers Cooperative Publishing, 1992.

MARTORELL, Juan Terraza. **Modificación y resolución de los contratos por excesiva onerosidad o imposibilidad en su ejecución: teoría de la cláusula *rebus sic stantibus***. Barcelona: Bosch, 1951.

McINNIS J.A. **Force majeure in building contracts: force majeure and frustration of Contract**. Londres: Lloyd's of London Press, 1991.

McKENDRICK, Ewan. **Force majeure and frustration of contract**. London: Lloyd's of London Press, 1991.

MELLO, Jairo Silva. **Contratos internacionais e cláusulas *hardship***. São Paulo: Aduaneiras, 2000.

MÉXICO. **Código Civil**. Disponível em: <<http://www.solon.org/Statutes/Mexico/Spanish/cc-intro.html>>. Acesso em: 26 jun. 2004.

MORAIS, Armando. **Dicionário de inglês-português**. Coimbra: Porto, 1966.

NAÓN, Horacio A. Grigera. **Adaptation of contracts: an argentine substantive and private international law outlook. Adaptation and renegotiation of contracts in International Trade and Finance**. Deventer: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1985.

NASSAR, Nagla. **Sanctity of contracts revisited: a study in the theory and practice of international commercial transactions**. Boston: M. Nijhoff, 1994.

OLIVEIRA, Anísio José de. **A teoria da imprevisão nos contratos**. São Paulo: Leud, 1991.

OLIVEIRA, Juarez de (Org.). **Brasil: Código Civil Brasileiro de 1916**. 44. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

OPPETIT, Bruno. **L'adaptation des contrats internationaux aux changement de circonstances: la clause de "hardship"**. Paris: Clunet, 1974.

OSMAN, Filali. **Les principes généraux de la *Lex Mercatoria***. Paris: L.G.D.J., 1992.

PARAGUAI. **Código Civil paraguaio**. Lei n. 1.183/85. Disponível em: <<http://www.paraguaygobierno.gov.py/codigocivilestructurado.html>>. Acesso em: 2 mar. 2004.

PARAGUAI. **Código Civil do Governo do Paraguai**. Disponível em: <<http://www.paraguaygobierno.gov.py/codigocivilestructurado.html>>. Acesso em: 2 mar. 2004.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986. v. III.

PETER, Wolfgang. Arbitration and renegotiation clauses. **Journal of International Arbitration**, Genebra: Werner & Sieber, v. 3, n. 2, juin 1986.

- PETER, Wolfgang. **Arbitration and renegotiation of international investment agreements**. 2. ed. Haia: Kluwer Law International, 1995.
- PHILIPPE Dennis-M. **Changement de circonstances et bouleversement de l'économie contractuelle**. Bruxelles: Bruylant, 1986.
- PLANIOL, Marcel; RIPERT, Georges. **Traité pratique de Droit Civil français: Obligations**. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1952. Tome IV.
- PORTUGAL. **Supremo Tribunal de Justiça**. Decisão SJ199303170832111 de 17/3/93. Disponível em: <<http://www.stj.pt>>. Acesso em: 20 maio 2004.
- POVOAS, Maria Helena. A força obrigatória dos contratos e a teoria da imprevisão. **Revista Jurídica da Universidade de Cuiabá**, Cuiabá: EdUNIC, v. 1, n. 1, jul./dez. 1999.
- PRADO, Mauricio Almeida. **Le hardship dans le droit du commerce international**. Paris: Forum Européenn de la Communication.FEC, 2003.
- PRADO; Mauricio C. Almeida. Nuevas perspectivas de reconocimiento y aplicabilidad Del *hardship* em la jurisprudencia arbitral internacional". **Revista de la Corte Española de Arbitraje**, Madrid: Câmaras de Comércio, Indústria y Navegación de Espana, Volume XVIII, 2003.
- PUELINCKX, A. H. Frustration, hardship, force majeure, imprévision, wegfall der geschäftsgrundlage, unmöglichkeit, changed circumstances. **Journal of International Arbitration**, Genebra: The Publisher, v. 3, n. 2, June 1996.
- RAMBERG, Jan. **International commercial transactions**. Cambrigde: Kluwer Law International, 1997.
- REVISTA DOS TRIBUNAIS. Disponível em: <[www.rt.com.br](http://www.rt.com.br)>. Acesso em: 5 jun. 2004.
- RISKIN, Leonard L.; WESTBROOK, James E. **Dispute resolution and lawyers**. Minnesota: West Publishing, 1987.
- ROBERT, Paul. **Micro Robert: dictionnaire du français primordial**. Paris: S.N.L., 1971.
- RODHE, Knut. **Adjustment of contracts on account of changed conditions**. Stockolm: Almqvist & Wiksell, 1959.
- RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Revisão judicial dos contratos**. São Paulo: Atlas, 2002.
- ROSSELLO, Carlo. **Sopravvenienze impreviste e adattamento del contratto nel diritto inglese e statunitense: inadempimento, adattamento, arbitrato. Patologie dei contratti e rimedi**. Milano: E.G.E.A., 1992.

RUBINNO-SAMMARTANO, Mauro. **International arbitration law**. Boston: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1990.

SACARRERA, E. Guardiola. **La compraventa internacional**: Importaciones y exportaciones. Barcelona: Bosch, 1994.

SANTOS, Manoel Júlio Rosário dos. O direito de revisão do contrato: cláusula tácita da imprevisão contratual e a teoria da imprevisão – fundamentos – perfil jurídico e aspectos de sua aplicabilidade. **Revista Jurídica da Universidade de Cuiabá**, Cuiabá: EdUNIC, v. 1, n. 2, jan./jun. 2000.

SHEPHERD, Harold. **Contracts and contract remedies**: cases and materials. 3. ed. Brooklyn: Foundation Press, 1952.

SIDOU, J. M. Othon. **A revisão judicial dos contratos e outras figuras jurídicas**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

SLABOTZKY, Albert. **Grain contracts and arbitration**: for shipments from the United States and Canada. London: Lloyd's of London Press, 1984.

SLATE III, William K.; LEW, Julian D. M. (Org.). **Arbitragem comercial internacional**. São Paulo: LTr, 1998.

SPLUGES, Carlos. **La contratación internacional**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

SPLUGES, Carlos; VILAR, S. Barona; MOTA, C. Esplugues; MARTÍ, J. Hernández. **Contratación Internacional**. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 140-1794, 1999.

STOEVER, William A. **Renegotiations in international business transactions**. Toronto: Lexington Books, 1981.

STOFFEL-MUNCK Philippe. **Regards sur la théorie de l'imprévision**. Aix-en-Provence: Presses Universitaires d'Aix Marseille, 1994.

STRENGER, Irineu. **Arbitragem comercial internacional**. São Paulo: LTr, 1996.

STRENGER, Irineu. Arbitragem internacional: conceitos básicos. In: STRENGER, Irineu; ETCHEVERRY, Raul Aníbal; BAPTISTA, Luiz Olavo; NAÓN, Horacio Grigera; CAIVANO, Roque J.; SLATE III, William K.; LEW, Julian D.M. **Arbitragem comercial internacional**. São Paulo: LTr, 1998,

STRENGER, Irineu. **Contratos internacionais do comércio**. 3. ed. São Paulo: LTr, 1998.

SUIÇA. **Código Civil suíço**. Disponível em: <http://www.admin.ch/ch/f/rs/210/index.html>>. Acesso em: 4 jan. 2004.

SYQIA, Enrique P. **The revision and adaptation of contracts in Philippine law-with a comparative look at the law of other asian countries**. Adaptation

and renegotiation of contracts in international trade and finance. Deventer: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1985.

THE CARDOZO ELETRONIC LAW BULLETIN. **Código Civil italiano.**

Disponível em:

<[http://www.jus.unitn.it/cardozo/Obiter\\_Dictum/codciv/home.html](http://www.jus.unitn.it/cardozo/Obiter_Dictum/codciv/home.html)>. Acesso em: 30 maio 2004.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Contratos e seus princípios**. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide, 1999.

TREITEL, G. H. **Frustration and force majeure**. London: Sweet & Maxwell, 1994.

ULLMAN, Harold. Enforcement of hardship clauses in the French and American legal systems. **California Western International Law Journal**, California: California Western Law School, v. 19, 1988-1989.

UNIDROIT. International Institute for the Unification of Private Law. **Principles of International Commercial Contracts**. Disponível em: <<http://www.unidroit.org>>. Acesso em: 23 abr. 2004.

UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW. Disponível em: <<http://www.uncitral.org>>. Acesso em: 8 abr. 2004.

URUGUAY. **Código Civil uruguaio**. Disponível em : <<http://www.parlamento.gub.uy/Leyes.htm>>. Acesso em: 30 de abr. 2004.

URUGUAY. **Código de Procedimiento Civil uruguaio**. Disponível em : <<http://www.parlamento.gub.uy/Leyes.htm>>. Acesso em: 26 jun. 2004.

VENTURA, Luis Henrique. **Contratos internacionais empresariais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

WILLIAMS, Richard; MARSH, William. Forum Shopping: A new lease of life? **International Business Lawyer**, v. 27, n. 7, July/Aug. 1999.

YATES, David. Drafting force majeure and related clauses. **Journal of Contract Law**, Adelaide: Butterworths, v. 3, n. 3, Jan. 1991.

YOUNG, Nancy. **Impossibility of performance and force majeure in foreign trade contracts**. Thesis. Parker School, 1979.