

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO - PUC/SP
FACULDADE DE DIREITO

GUSTAVO HENRIQUE DE JESUS OLIVEIRA

**CLÁUSULA DE HARDSHIP EM CONTRATOS EMPRESARIAIS EM
DECORRÊNCIA DA COVID-19**

São Paulo - SP

2022

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA – PUC/SP
CURSO DE DIREITO

GUSTAVO HENRIQUE DE JESUS OLIVEIRA

**CLÁUSULA DE HARDSHIP EM CONTRATOS EMPRESARIAIS EM
DECORRÊNCIA DA COVID-19**

Monografia apresentada a Pontifícia Universidade Católica de São Paulo como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Professor Doutor Luiz Gonzaga Modesto de Paula

São Paulo - SP

2022

TERMO DE APROVAÇÃO

GUSTAVO HENRIQUE DE JESUS OLIVEIRA

CLÁUSULA DE HARDSHIP EM CONTRATOS EMPRESARIAIS EM DECORRÊNCIA
DA COVID-19

Monografia apresentada a Pontifícia Universidade
Católica de São Paulo como requisito essencial
para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Professor Doutor Luiz Gonzaga
Modesto de Paula

BANCA EXAMINADORA

Prof, Membro da Banca

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço à minha família, pelo suporte e apoio incondicional durante todos os anos da minha vida.

À minha namorada, pelo incentivo e paciência durante todos os momentos de pressão e nervosismo na elaboração desta monografia.

Aos meus colegas de graduação, Andre Mendes, Bruno Oliveira, Enrico Camacho, Guilherme Rocha, Guilherme Jacinto e Samuel Ferrão, que tornaram todos os desafios enfrentados durante este período mais descontraídos e menos tensos.

RESUMO

O presente estudo monográfico tem como objetivo analisar a aplicação da Cláusula de Hardship nos contratos empresariais diante do cenário econômico devastador trazido pela pandemia da Covid-19. Para tanto, terá como objetivo entender os conceitos de contrato, seus requisitos, princípios norteadores e sua relevância quanto ao cumprimento de obrigações. Posteriormente, far-se-á necessária uma análise acerca da Cláusula de Hardship, especialmente no tocante ao seu conceito, aplicabilidade e requisitos. No mais, pretende-se ainda verificar se a pandemia da Covid-19 enquadra-se como evento capaz de ensejar a aplicação desta cláusula nos contratos empresariais, considerando os impactos decorrentes deste temido e mortal vírus.

Palavras-Chave: Cláusula de Hardship. Contratos empresariais. Covid-19. Desequilíbrio contratual. Manutenção dos negócios jurídicos.

ABSTRACT

The present monographic study aims to analyze the application of the Hardship Clause in business contracts in the face of the devastating economic scenario brought about by the Covid-19 pandemic. Therefore, it will aim to understand the concepts of contract, its requirements, guiding principles and its relevance to the fulfillment of obligations. Subsequently, an analysis of the Hardship Clause will be necessary, especially regarding its concept, applicability and requirements. Furthermore, it is also intended to verify if the Covid-19 pandemic fits as an event capable of giving rise to the application of this clause in business contracts, considering the impacts arising from this feared and deadly virus.

Keywords: Hardship Clause. Business contracts. Covid-19. Contractual imbalance. Maintenance of legal business.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	8
2. CONTRATOS.....	10
2.1. Conceito	10
2.2. Contratos empresariais	10
2.3. Histórico	12
2.4. Requisitos	12
2.5. Princípios.....	14
2.5.1. Princípio da autonomia privada.....	14
2.5.2. Princípio da força obrigatória	15
2.5.3. Princípio da relatividade	16
2.5.4. Princípio da boa-fé e probidade	17
2.5.5. Princípio da função social do contrato.....	17
2.5.6. Princípio do reequilíbrio econômico financeiro do contrato	18
2.5.7. Princípio da identificação da função econômica do contrato	20
2.6. Legislação	21
2.7. Princípio da conservação do negócio jurídico.....	22
2.8. Hipóteses de mitigação da força vinculativa do contrato	22
2.8.1. Teoria da imprevisão	23
2.8.2. Força maior	23
3. CLÁUSULA DE HARDSHIP.....	24
3.1. Conceito	24
3.2. Origem	27
3.3. Requisitos	28
3.4. Características	28
3.5. Aplicabilidade	29

3.6.	Diferenças para a cláusula de força maior e teoria da imprevisão	30
3.6.1.	Cáusula de hardship x cláusula de força maior	30
3.6.2.	Cláusula de hardship x teoria da imprevisão	30
4.	A PANDEMIA DO COVID-19: EVENTO IMPREVISÍVEL, ALTERADOR DAS CONDIÇÕES ECONÔMICAS E ESTRANHO AO RISCO DO NEGÓCIO EMPRESARIAL.....	31
5.	A POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA CLÁUSULA DE HARDSHIP NOS CONTRATOS EMPRESARIAIS DIANTE DA PANDEMIA DA COVID-19	33
6.	CONCLUSÃO	35
7.	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	37

1. INTRODUÇÃO

Os contratos, baseiam-se na manifestação de vontade das partes e, portanto, criam fontes de obrigações, sendo um instituto muito importante e presente no cotidiano de todas as pessoas ao redor de todo o mundo.

A força obrigatória do cumprimento dos contratos é vinculada ao princípio do *pacta sunt servanda*, que consiste no entendimento de que aquilo que foi pactuado entre as partes deve ser cumprido e respeitado, ou seja, torna-se lei entre os contratantes.

Importante pontuar que tal princípio não é absoluto, podendo ser relativizado em decorrência de lei ou até mesmo por outro princípio. Neste sentido, torna-se relevante o estudo de hipóteses de mitigação de sua força obrigatória.

Destaca-se que em algumas ocasiões, o cumprimento do contrato nos termos inicialmente pactuados pelos contratantes torna-se inviável, por motivos alheios às vontades das partes, seja por questões econômicas, sociais ou políticas.

No caso dos contratos empresariais, a mutabilidade do mercado, que pode ocorrer em decorrência de inúmeros fatores, citando, como exemplos atuais, uma pandemia em nível global e até mesmo uma guerra, são capazes de alterar de forma significativa a realidade pactuada inicialmente entre os contratantes.

Assim, é de se pensar em hipóteses que permitam a renegociação dos termos do contrato empresarial, justamente para buscar a concretização do que foi pactuado, buscando evitar a sua resolução e a conservação do negócio jurídico.

É certo que a renegociação dos termos contratuais não pode ser arbitrária, devendo existir critérios bem estabelecidos que possam dar margem à renegociação dos seus termos iniciais, caso contrário, surgiria enorme insegurança jurídica. A simples impossibilidade de cumprimento da obrigação, por si só, não deve ser motivo suficientemente plausível para que os termos inicialmente pactuados sejam alterados.

Tomando isso como base, é importante destacar que nos últimos anos vivemos uma pandemia que além de ceifar inúmeras vidas, trouxe consigo inúmeros reflexos altamente impactantes na política e na economia global. Seu caráter extremamente contagioso e letal obrigou as autoridades sanitárias competentes a tomarem medidas drásticas, como os lockdowns e quarentenas, mantendo as pessoas isoladas dentro de suas casas.

Dentre as medidas de restrição que ocorreram ao redor do mundo, podemos ressaltar as restrições de viagens, o que afetou diretamente empresas ligadas ao turismo, eventos esportivos, convenções, festivais e muitos outros.

Ainda que o objetivo almejado com as restrições impostas à sociedade fosse o melhor possível, qual seja, reduzir a circulação do vírus, diminuir o número de contaminações e, conseqüentemente, o número de mortes, é inegável que tais restrições afetaram diretamente a economia do país.

As conseqüências da pandemia no setor da economia atingiram diretamente inúmeras empresas, principalmente as de pequeno porte e, por conseguinte, alterou de forma significativa as condições financeiras que estas possuíam.

Pois bem, imagine-se a hipótese de uma empresa que firmou contrato empresarial em momento anterior à pandemia e que, em decorrência dos impactos desta, viu o contrato tornar-se excessivamente oneroso, dificultando o cumprimento das obrigações dele decorrentes.

É com base nesse cenário que tornam-se de extrema relevância mecanismos que permitam a alteração dos contratos para buscar sua manutenção. Um exemplo de possível alteração dos termos iniciais do contrato é a chamada cláusula de hardship.

O termo hardship significa na prática contratual internacional a alteração de fatores políticos, econômicos, financeiros, legais ou tecnológicos que causam algum tipo de dano econômico aos contratantes. A cláusula de hardship apresenta-se ao direito contratual como instrumento de conservação do negócio jurídico.

Desta forma, o presente trabalho pretende analisar a possível aplicação da cláusula de hardship nos contratos entre empresas, sob a ótica dos diversos impactos causados pela Covid-19 na economia nacional e internacional.

Para que seja possível chegar a uma conclusão, pretende-se fazer um estudo acerca dos contratos, analisando seus princípios, requisitos, características e hipóteses de não cumprimento, atentando-se às especificidades dos contratos empresariais.

Outrossim, far-se-á um estudo sobre a cláusula de hardship, analisando seus requisitos, aplicabilidade e hipóteses de cabimento. Em seguida, analisar-se-á a pandemia da Covid-19, como sendo um evento superveniente, imprevisível e que altere as condições iniciais do contrato.

2. CONTRATOS

Para que se possa atingir a finalidade do presente trabalho, mister se faz um estudo acerca dos contratos, passando pelo seu conceito, requisitos de validade, princípios norteadores, as especificidades dos contratos empresariais quando comparados aos contratos comuns e a legislação acerca do tema.

2.1. Conceito

Primeiramente, importante conceituar o instituo do contrato. Contratos podem ser definidos como negócios jurídicos bilaterais ou plurilaterais, visto que dependem de pelo menos duas partes para sua realização. Trata-se da instrumentalização da manifestação da vontade humana, ou seja, compreende-se como um acordo envolvendo a vontade das partes.

Ricardo Negrão leciona que:

Contrato é, pois, o negócio jurídico em que duas ou mais partes contratantes concorrem para criar, modificar ou extinguir relações jurídicas de natureza patrimonial, sujeitando-se, durante a conclusão e execução, aos princípios da boa-fé objetiva e da função social.¹

Por tratarem-se de negócios jurídicos, para que os contratos sejam válidos, é necessário que estes atendam alguns requisitos, que podem ser classificados em subjetivos, objetivos e formais, e que serão analisados individualmente na sequência.

2.2. Contratos empresariais

Por sua vez, tem-se que os contratos empresariais podem ser conceituados como acordos de vontade entre empresários, sendo estes os exploradores da atividade empresarial. Enquanto

¹ NEGRÃO, Ricardo. Curso de Direito Comercial e de Empresa: Títulos de Crédito e Contratos Empresariais – v. 2. [Digite o Local da Editora]: Editora Saraiva, 2022. E-book. ISBN 9786553622203. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553622203/>. Acesso em: 11 out. 2022;

os contratos civis possuem objetivos diversos, os contratos empresariais em espécie têm a finalidade de regular apenas as atividades movidas pelo lucro.

Dessa forma, para ser caracterizado como um contrato empresarial, é necessário que todas as partes interessadas sejam empresas e que o objetivo dos contratos seja o de regular atividades realizadas para a obtenção de lucro.

O empresário é quem se apropria e organiza os fatores da produção para o exercício da atividade econômica no mercado. É nessa organização, portanto, que se insere o empresário, como protagonista da atividade e como responsável.²

Assim, empresário é o titular da empresa, exercendo profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços. O conceito de empresário encontra-se previsto no artigo 966 do Código Civil, conforme abaixo:

Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.
(Brasil, 2002)

No mesmo sentido do art. 2.082 do Código Civil italiano. Ele é, em última análise, “o sujeito ativo da atividade empresarial”.

A diferença dos contratos empresariais para os comuns é a finalidade pretendida pelas partes, já que os empresários pretendem o desenvolvimento de sua atividade empresarial. Devem ser analisados separadamente, de acordo com suas especificidades.

Por estarem inseridos no nicho de exploração de atividade econômica, devem observar as regras próprias de direito comercial, as quais almejam a otimização das ações e do ambiente econômico.

É necessário assegurar aos empresários segurança e previsibilidade nas relações, vinculando as partes à vontade declarada no contrato e ainda, a importância do erro na formatação do ambiente competitivo.

Diferentemente do que ocorre nos contratos de trabalho ou contratos de consumo, nos contratos empresariais presume-se que as partes contratantes estejam em condições iguais ou ao menos próximas de conhecimento técnico e profissional, portanto, estariam mais próximos da ideia de autonomia da vontade para dispor livremente de seus direitos.

² FERRI, Giuseppe. Manuale di diritto commerciale

No entanto, este equilíbrio pode ser alterado por diversos fatores, vindo a colocar uma das partes em condições muito mais favoráveis do que a outra, de modo que uma readequação do contrato possa ser necessária, retomando o equilíbrio inicial da relação, que pode ocorrer através dos meios oferecidos pela defesa da concorrência.

Partindo da premissa que os empresários, inicialmente, encontram-se em condições semelhantes, a intervenção na liberdade econômica dos agentes deve ser realizada de maneira cautelosa, de modo a evitar que o mero erro do empresário ao calcular e prever o risco de suas ações, enseje uma indesejável interferência, pois esta causaria o desaparecimento de uma mínima previsibilidade das relações contratuais e afugentaria os investidores com relação às suas opções de risco e investimento.

2.3. Histórico

Inicialmente, para a elaboração e celebração dos contratos, a autonomia da vontade das partes, a liberdade contratual, a relatividade dos efeitos gerados pelo instrumento e a obrigatoriedade de cumprimento, eram as principais diretrizes a serem observadas.

As primeiras manifestações da ordem jurídica em torno do contrato foram no sentido de consagrar a liberdade negocial, em que a autonomia da vontade reinava de maneira absoluta.

Posteriormente, surgiram movimentos sociais, os quais passaram a exigir dos contratantes um comportamento baseado nos Princípios da Boa-fé e da Lealdade. Atribui-se ao contrato, ainda, a submissão a uma função social.

Neste sentido, os contratantes passaram a observar novos princípios norteadores do contrato, os quais serão analisados na sequência do presente estudo.

2.4. Requisitos

Conforme definição trazida acima, contratos são negócios jurídicos, portanto, devem preencher alguns requisitos, os quais são essenciais à sua existência e encontram-se elencados no artigo 104 do Código Civil, conforme abaixo:

Art. 104. A validade do negócio jurídico requer:

I - agente capaz;

II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável;

III - forma prescrita ou não defesa em lei. (Brasil, 2002)

Depreende-se do dispositivo acima transcrito, que no tocante aos requisitos de validade do contrato, estes podem ser divididos em duas espécies. Os gerais, que são aqueles aplicáveis a quaisquer contratos e dizem respeito à capacidade do agente, a um objeto lícito e possível e ao consentimento dos interessados. E os particulares, que são específicos de determinadas espécies de contratos, por serem ligados à sua forma.

Inobstante, os requisitos de validade do contrato podem ainda ser subdivididos em três grupos: requisitos objetivos, subjetivos e formais.

Os requisitos objetivos dizem respeito ao objeto do contrato, que deve ser lícito, possível e determinável ou determinado, conforme trata o inciso II do art. 104 do Código Civil de 2002. Trata-se de possibilidade jurídica do objeto do contrato, que não pode atentar contra a lei e humanamente possível.

Por sua vez, os requisitos subjetivos referem-se, primeiramente, à manifestação de duas ou mais vontades e capacidade genérica dos contratantes. Para que o contrato seja válido, as partes contratantes precisam ser capazes ou precisam estar representadas ou assistidas. Trata-se da capacidade de agir em geral, a qual pode inexistir em decorrência da menoridade, da falta de discernimento ou de causa transitória, por exemplo.

Outrossim, há de se mencionar a aptidão específica para contratar. Para a celebração de certos contratos, a lei exige uma capacidade específica dos agentes, que é mais intensa do que a capacidade genérica. Pode-se citar como exemplo os contratos de doação, transação, alienação onerosa. Tais contratos exigem a capacidade ou o poder de disposição das coisas ou dos direitos que são objetos dos contratos.

Por fim, o último requisito subjetivo trata-se do consentimento, que pode ser analisado sob três aspectos. O acordo sobre a existência e natureza do contrato, acordo sobre o objeto do contrato e acordo sob a cláusulas que o compõem.

Quanto aos requisitos formais, estes referem-se à observação da forma exigida por lei, podendo a declaração da vontade, de acordo com o artigo 107 do já mencionado diploma legal, ser livre quando a lei não expressamente exigir e desde que não seja defesa em lei e que tenha forma prescrita, conforme abaixo:

Art. 107. A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir. (Brasil, 2002)

2.5. Princípios

Os contratos são norteados por princípios, os quais visam garantir e proteger os direitos dos contratantes, assim como a sua dignidade. Neste sentido, se faz necessária uma análise individual de cada um destes princípios.

2.5.1. Princípio da autonomia privada

O Princípio da autonomia privada baseia-se na liberdade das pessoas para contratar. Essa liberdade pode ser definida como o poder das partes de contratarem se quiserem, com quem quiserem e sobre o que quiserem, sem que haja qualquer interferência do Estado.³

Historicamente, esse princípio teve como auge o período pós Revolução Francesa, no qual houve a predominância do individualismo, sendo, inclusive, sacramento no Código Civil Francês, em seu artigo 1.134, conforme abaixo:

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. (France, 1804)

Traduzindo para o português, tem-se:

Artigo 1134

Acordos legalmente formados substituem a lei para aqueles que os fizeram.

Eles só podem ser revogados por seu consentimento mútuo, ou por causas autorizadas por lei.

Devem ser realizados de boa fé. (França, 1804)

Verifica-se, que além da liberdade de contratar, referido dispositivo legal traz consigo outros dois princípios norteadores dos contratos e que serão analisados mais à frente, quais sejam, o da força obrigatória dos contratos e o da boa-fé.

³ GONÇALVES, Carlos R. Direito civil brasileiro v 3 - contratos e atos unilaterais. [Digite o Local da Editora]: Editora Saraiva, 2019. E-book. ISBN 9788553617258. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553617258/>. Acesso em: 22 out. 2022.

No Código Civil Brasileiro, a liberdade contratual encontra-se presente no artigo 421. Da análise do referido dispositivo legal, temos que a liberdade para contratar não é absoluta, sendo limitada pela função social do contrato, que será explorada mais adiante.

2.5.2. Princípio da força obrigatória

Também conhecido como *pacta Sunt Servanda*, este princípio estabelece que a manifestação de vontade das partes, a qual restará explícita quando da realização do contrato, se tornará lei entre os contratantes.

É certo que ninguém encontra-se obrigado a realizar um contrato, tendo em vista a representação do princípio da autonomia da vontade. Portanto, a partir do momento que o faz e tem ciência dos deveres e obrigações dele decorrentes, encontra-se obrigado a cumpri-lo, tornando-se lei entre as partes.

Os fundamentos de tal princípio são dois. O primeiro, trata-se da segurança dos negócios jurídicos, que não existiria caso as partes pudessem deixar de cumprir aquilo que foi pactuado. O segundo remete-se à intangibilidade dos contratos, vez que aquilo que foi acordado entre os contratantes não poderá ser alterado, apenas no caso de ser feito de forma bilateral.

O não cumprimento do contrato gera à parte prejudicada o direito de valer-se do Poder Judiciário para ver o contrato cumprido ou ser indenizado por perdas e danos, nos termos do artigo 389 do Código Civil Brasileiro, conforme abaixo:⁴

Art. 389. Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado. (Brasil, 2002)

No entanto, tal princípio não deve ser entendido como absoluto, vez que existe uma limitação à sua aplicação, como por exemplo no caso de descumprimento de obrigação por caso fortuito ou força maior. Tal limitação encontra-se presente no artigo 393 do Código Civil, conforme abaixo:

⁴ GONÇALVES, Carlos R. Direito civil brasileiro v 3 - contratos e atos unilaterais. [Digite o Local da Editora]: Editora Saraiva, 2019. E-book. ISBN 9788553617258. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553617258/>. Acesso em: 22 out. 2022.

Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado. Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir. (Brasil, 2002)

Portanto, tem-se que os contratos, oriundos da autonomia da vontade dos contratantes, fazem lei entre estes, tornando o seu cumprimento obrigatório. Porém, há de se ressaltar a hipótese prevista no artigo 393 do Código Civil que desobriga o devedor a indenizar a parte prejudicada quando o descumprimento do acordado tiver ocorrido em decorrência de caso fortuito ou força maior. Tais hipóteses serão analisadas mais detalhadamente na sequência.⁵

2.5.3. Princípio da relatividade

O Princípio da relatividade baseia-se na ideia de que os efeitos do contrato estendem-se apenas às partes que expressaram a sua vontade no próprio contrato.

A aplicação de tal princípio encontrava-se prevista no Código Civil de 1916, que em seu artigo 928 estabelecia que as obrigações, desde que não personalíssimas, operariam-se entre as partes e seus herdeiros, conforme abaixo:

Art. 928. A obrigação, não sendo personalíssima, opera assim entre as partes, como entre seus herdeiros. (Brasil, 2002)

A obrigação personalíssima, portanto, não vinculava ninguém mais senão as partes que contrataram. No entanto, é possível citar exceções a essa regra, como por exemplo quando os sindicatos, através de acordos, estabelecem convenções coletivas que irão beneficiar toda uma categoria.

No entanto, com o advento do Código Civil de 2002, a ideia da relatividade dos contratos foi enfraquecida em decorrência de uma nova diretriz a ser observada, qual seja, a função social do contrato, que dá preferência ao interesse da coletividade quando em conflito com o interesse individual, podendo, portanto, ser a coletividade direta ou indiretamente, atingida pelas consequências do contrato.

⁵ GONÇALVES, Carlos R. Direito civil brasileiro v 3 - contratos e atos unilaterais. [Digite o Local da Editora]: Editora Saraiva, 2019. E-book. ISBN 9788553617258. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553617258/>. Acesso em: 22 out. 2022.

2.5.4. Princípio da boa-fé e probidade

Este princípio baseia-se nas atitudes tomadas pelos contratantes, que devem agir de maneira correta e ética, seja no momento da realização do acordo, no momento de sua formação ou de seu cumprimento.

Encontra previsão legal no artigo 422 do Código Civil, conforme abaixo:

Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé. (Brasil, 2002)

A boa-fé pode ser subdivida em objetiva e subjetiva. A primeira é estabelecida através da conduta que deveria ter sido adotada em determinada circunstância, tomando como adequada a conduta baseada nos usos e nos costumes.

Por sua vez, a boa-fé subjetiva é aquela que leva em consideração a intenção do agente ao praticar determinado ato, o qual fora baseado em uma crença ou ignorância, que o leva a pensar que tal atitude não viola qualquer direito.

A probidade nada mais é do que um dos aspectos da boa-fé, tratando-se da integridade e honestidade da pessoa em cumprir com os deveres a ela atribuídos.

2.5.5. Princípio da função social do contrato

A função social do contrato atua como limitadora à autonomia da vontade das partes, nos termos do artigo 421 do Código Civil, conforme abaixo:

Art. 421. A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato. (Brasil, 2002)

Este princípio pode ser analisado sob dois aspectos. O primeiro trata-se de um aspecto interno, na qual as partes valem-se do contrato para satisfazerem seus próprios interesses, de forma que a obrigação se dê na maneira mais satisfatória ao credor e menos onerosa ao devedor.

O segundo aspecto remete-se à coletividade, de modo que quando da regulação de seus próprios interesses, as partes não podem prejudicar interesses extracontratuais de terceiros ou da coletividade.

Interessante observar que quando da realização da I Jornada de Direito Civil, em Brasília, nos dias 12 e 13 de setembro de 2002, pelo Conselho da Justiça Federal, foram elaborados três enunciados no tocante à função social do contrato, conforme abaixo:

21 – Art. 421: A função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, constitui cláusula geral a impor a revisão do princípio da relatividade dos efeitos do contrato em relação a terceiros, implicando a tutela externa do crédito.

22 – Art. 421: A função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, constitui cláusula geral que reforça o princípio de conservação do contrato, assegurando trocas úteis e justas.

23 – Art. 421: A função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio quando presentes interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana. (Brasília, Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2002)

Não bastasse, posteriormente, na IV Jornada, realizada entre 25 e 27 de outubro de 2006, ficou explicitada a extensão de seus efeitos sobre as partes contratantes, conforme abaixo:

360 – Art. 421: O princípio da função social dos contratos também pode ter eficácia interna entre as partes contratantes. (Brasília, Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2006)

2.5.6. Princípio do reequilíbrio econômico financeiro do contrato

Este princípio visa reequilibrar economicamente o contrato, quando este tornar-se excessivamente oneroso para uma das partes.

Nos contratos comuns, normalmente é verificada uma disparidade econômica entre os contratantes, como por exemplo em um contrato de trabalho, no qual o empregador possui muito mais recursos, poder econômico e acesso à informações do que o empregado. Nesses casos, é necessário que tais contratos sejam regulados de maneira a buscar o equilíbrio das partes.

Diferentemente das outras espécies de contrato, o contrato empresarial, em sua formação e execução, pressupõe-se que as partes contratantes, ou seja, os empresários, encontram-se em condições paritárias no tocante ao poder econômico ou no acesso às informações.

Ocorre que este equilíbrio pode sofrer interferências e, conseqüentemente, atribuir às partes condições desiguais. Nestes casos, é fundamental a existência de mecanismos que visem e objetivem o restabelecimento das condições igualitárias que existiam anteriormente, permitindo, assim, a manutenção do pacto.

Entretanto, os mecanismos utilizados para restabelecer o equilíbrio entre as partes em um contrato empresarial devem ser pensados e manejados de modo a atender as especificidades desse tipo de contrato. Não seria lógico se pensar que o desequilíbrio no contrato, fruto do erro do empresário e que o colocou em condição mais desfavorável, poderia poupá-lo do resultado do seu equívoco haja vista o mero restabelecimento das condições anteriores.

Os contratos empresariais estão envoltos de uma maior necessidade de previsibilidade do que as outras espécies de contrato, eis que objetivam sempre o lucro. Esta previsibilidade restaria prejudicada se admitíssemos que sempre que uma das partes se colocasse em condição mais desfavorável, fosse invocado o reequilíbrio econômico para consertar o erro cometido.

É certo que tal fato reduziria a atratividade dos contratos empresariais, eis que os empresários e investidores se sentiriam inseguros a realizá-los, o que, por consequência, resultaria em uma diminuição do número de contratos realizados e prejudicaria a circulação de capital, assim como a economia.

O princípio do reequilíbrio econômico financeiro encontra previsão legal no artigo 421-A do Código Civil, que foi incluído pela Lei nº 13.874, de 2019, Lei de Liberdade Econômica, conforme abaixo:

Art. 421-A. Os contratos civis e empresariais presumem-se paritários e simétricos até a presença de elementos concretos que justifiquem o afastamento dessa presunção, ressalvados os regimes jurídicos previstos em leis especiais, garantido também que:

I - as partes negociantes poderão estabelecer parâmetros objetivos para a interpretação das cláusulas negociais e de seus pressupostos de revisão ou de resolução;

II - a alocação de riscos definida pelas partes deve ser respeitada e observada;
e

III - a revisão contratual somente ocorrerá de maneira excepcional e limitada.

(Brasil, 2002)

Da análise deste princípio, temos, primeiramente, que as condições econômicas dos contratantes empresários presumem-se paritárias. Tais condições podem sofrer alterações por diversos fatores, inclusive por erro do próprio empresário, hipótese esta que não enseja o reequilíbrio econômico financeiro, sob pena de incidir sobre os contratos empresariais enorme

imprevisibilidade. Tal fato influenciaria diretamente no número de contratos realizados, eis que um ambiente imprevisível inevitavelmente gera insegurança aos contratantes, os quais visam atingir o lucro, sendo certo que este objetivo restaria ameaçado ante a inexistência de segurança jurídica dos contratos.

Por outro lado, existe a previsão legal de que os contratos podem sim ser reequilibrados, nos termos do artigo 421-A do Código Civil.

2.5.7. Princípio da identificação da função econômica do contrato

São os contratos que compõem, majoritariamente, o mercado, possuindo enorme importância na circulação de capital, movimentando riquezas dentro da sociedade. A função econômica do contrato está no que Enzo Roppo (2009, p. 8-10) define como operação econômica, que significa que todo negócio contratual tem como finalidade subjacente à estrutura jurídica a circulação patrimonial.⁶

Sobre a relação mercado-contrato, remete-se à ilação de Marcel Edvar Simões (2020, p. 265) de que o negócio contratual é a base mercadológica, afirmando suas subfunções, que são (i) proporcionar a troca econômica, e (ii) por conseguinte, constituir o mercado.⁷

E mais: além da compreensão mercadológica, a função econômica contratual atende a interesses das partes, que buscam constituir, modificar ou extinguir posições que são em essência ou em algum de seus aspectos de cunho patrimonial por meio de um instituto jurídico, o contrato (SIMÕES, 2020, p. 257).⁸

Acerca desta questão, esclarece Luiz Guilherme Loureiro [1]:

A operação econômica quando implica em circulação de riqueza, atual ou potencial transferência de riqueza de um sujeito para outro. Não nos referimos aqui apenas a dinheiro ou outro bem material. Todas e quaisquer 'utilidades' suscetíveis de avaliação econômica, ainda que não sejam 'coisas' em sentido próprio, caracterizam riqueza. Assim, até mesmo a promessa de fazer ou deixar de fazer alguma coisa em benefício de alguém, representa para o promissário uma riqueza para fins de caracterização do contrato.⁹

⁶ ROPPO, Enzo. Título. O contrato. 2009, p. 8-10

⁷ SIMÕES, Marcel Edvar. Breves notas para a concretização do princípio da função social do contrato.

⁸ Ibidem

⁹ LOUREIRO, Luiz Guilherme. Contratos no Novo Código Civil: teoria geral e contratos em espécie. 2. ed. São Paulo: Método, 2005. 510 p.

2.6. Legislação

À época do Código Civil de 1916, os contratos empresariais eram aqueles decorrentes de negócios mercantis. Estes contratos eram regidos pelo Código Comercial de 1850, enquanto os contratos não empresariais seguiam as regras impostas pelo Código Civil de 1916.

Após o advento do Código Civil de 2002, houve a unificação do direito obrigacional com a matéria contratual, o que resultou em uma unificação parcial do estudo dos contratos. A matéria empresarial perdeu parte da autonomia legislativa diante da derrogação da disciplina contratual existente no Código Comercial de 1850.

Essa unificação dos estudos dos contratos é chamada de parcial na medida em que o Código Civil de 2002 não teve a intenção de abarcar e unificar a disciplina de todos os contratos civis e comerciais. Prova disto é o fato de que antes da vigência do atual Código Civil e até depois dele, existem inúmeras leis especiais que disciplinam modalidades de contratos de forma autônoma, citando como exemplo contrato de franquia, da disciplina tributária do leasing, do contrato de locação, inclusive aquela de caráter não comercial, shopping center e o contrato de built to suit).¹⁰

Nem mesmo as normas de teoria geral dos contratos, previstas no Código Civil, podem ser consideradas como aplicáveis de forma idêntica aos contratos empresariais e às demais categorias contratuais.

Isso porque, a autonomia da matéria comercial tem conteúdo de cunho científico, sendo que Waldírio Bulgarelli afirma que:

a unificação das normas de direito comercial às de direito civil numa disciplina privatista geral, quer especificamente no campo das obrigações, quer de maneira geral, abrangendo toda a matéria, não apaga a profunda distinção existente entre essas normas, umas dizendo respeito e se destinando a regular as atividades das pessoas e dos bens e suas relações envolvendo família e sucessões e outra referindo às atividades da produção e circulação de riquezas.¹¹(Waldírio Bulgarelli, 1980)

¹⁰ FORGIONI, Paula A. A interpretação dos negócios empresariais no novo Código Civil brasileiro, 2003. Revista de direito mercantil, v. 130, pp. 7-38. RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GALESKI JUNIOR, Irineu. Teoria geral dos contratos: contratos empresariais e análise econômica, p. 34 afirmam que “a própria ideia de categorização dos contratos só encontra razão de ser no reconhecimento das especificidades de cada uma delas que conduzirão à eventual necessidade de interpretação e normatização diferentes”.

¹¹ BULGARELLI, Waldírio. Direito comercial, 1980, p. 159.

2.7. Princípio da conservação do negócio jurídico

Após análise dos princípios norteadores dos contratos, mister se faz o estudo de outro princípio que permeia as relações contratuais e detém extrema importância, que é o princípio da conservação do negócio jurídico.

A ideia principal deste princípio reside no fato de que os contratos foram realizados para serem mantidos, ou seja, busca-se sempre evitar a sua resolução, sendo esta última medida a ser adotada e, exclusivamente, quando não houverem meios que possibilitem a sua manutenção.

O próprio Código Civil traz, nos seguintes artigos, soluções para evitar a resolução contratual permitida. O artigo 479 do Código Civil é claro ao afirmar: “A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se ao réu modificar equitativamente as condições do contrato.”

Sobre o tema assim se manifestou o Conselho da Justiça Federal:

Em observância ao princípio da conservação do contrato, nas ações que tenham por objeto a resolução do pacto por excessiva onerosidade, pode o juiz modificá-lo equitativamente, desde que ouvida a parte autora, respeitada a sua vontade e observado o contraditório (Enunciado nº 367 do Conselho da Justiça Federal)

Sobre o tema destaca-se da ementa do Acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça:

Não obstante a literalidade do art. 478 do CC/02 - que indica apenas a possibilidade de rescisão contratual - é possível reconhecer onerosidade excessiva também para revisar a avença, como determina o CDC, desde que respeitados, obviamente, os requisitos específicos estipulados na Lei civil. Há que se dar valor ao princípio da conservação dos negócios jurídicos que foi expressamente adotado em diversos outros dispositivos do CC/02, como no parágrafo único do art. 157 e no art. 170. (STJ, REsp nº 977.007/GO, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrigui, v. U., julg. 24/11/2009)

2.8. Hipóteses de mitigação da força vinculativa do contrato

É importante ressaltar que a força vinculativa dos contratos, decorrente do princípio do pacta sunt servanda, não é absoluta. Passaremos agora a análise das hipóteses em que ocorrerá a mitigação da obrigatoriedade dos contratos.

2.8.1. Teoria da imprevisão

O Código Civil brasileiro, em seus artigos 478 e seguintes, dispõe acerca da Teoria da Imprevisão, conforme abaixo:

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. (Brasil, 2002)

Art. 479. A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato. (Brasil, 2002)

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. (Brasil, 2002)

Da leitura dos supramencionados dispositivos, depreende-se que são requisitos para a aplicação da Teoria da Imprevisão a ocorrência de evento extraordinário e imprevisível, a comprovação de onerosidade excessiva e que o contrato seja de execução continuada ou diferida.

Importante ressaltar que estamos tratando de hipóteses que dificultam o cumprimento do contrato, tornando este excessivamente oneroso para uma das partes, e não da impossibilidade de seu cumprimento.

2.8.2. Força maior

Ressalte-se, ainda, a existência da chamada cláusula de força maior, que possui caráter excludente de responsabilidade quando, em decorrência de situações imprevistas seria viável a constatação de onerosidade extrema para uma das partes, hipótese em que a execução do contrato se tornaria impossível.¹²

Luiz Olavo Baptista apresenta a colocação em três requisitos para caracterizar a força

¹² FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil: Direito dos Contratos. Vol. 4. 4 ed. Salvador: Juspodivm, 2014. p.240

maior: , quais sejam, a imprevisibilidade, a inevitabilidade e a exterioridade em relação à vontade das partes, de que resulta a impossibilidade de ser cumprida a obrigação.¹³

Nesse particular, verifica-se a diferença entre a cláusula de a hardship, a teoria da imprevisão e a força maior, isso porque a força maior enseja na extinção do contrato, diante da impossibilidade de execução do mesmo em razão de fatos externos e imprevisíveis, ou seja, não seria sequer possível a manutenção do contrato.

Mister se faz, ainda, o estudo de mais uma hipótese de mitigação da força vinculativa dos contratos, a chamada cláusula de hardship.

3. CLÁUSULA DE HARDSHIP

Realizado o estudo sobre os contratos, mister se faz, para o desenvolvimento do presente trabalho, um estudo sobre a cláusula de hardship, onde veremos o seu conceito, sua origem, requisitos e aplicabilidade.

3.1. Conceito

O termo hardship, traduzido do inglês, significa dificuldade. Essa dificuldade pode ser definida como os obstáculos e empecilhos que os contratantes podem enfrentar no cumprimento de suas obrigações e que alterem o equilíbrio inicialmente existente.¹⁴

A cláusula de hardship é um instrumento capaz de reequilibrar o contrato quando este, em decorrência de fatos supervenientes à sua celebração, passa a ter sua execução como inútil ou quando torna-se onerosamente excessivo para uma das partes. Trata-se de um mecanismo de conservação do negócio jurídico.

A definição de onerosidade excessiva não pode ser concebida de uma forma única ou unilateral. Deve existir, para ser aplicável, para ambas as partes (devedor ou credor), buscando reestabelecer o equilíbrio que originalmente existia.

¹³ BAPTISTA, Luiz Olavo. Doutrinas Essenciais de Direito Internacional | vol. 5 | p. 201 - 216 | Fev / 2012;

¹⁴ GOMES, Júlio Manuel Vieira, GOMES, Júlio Manuel Vieira, “Cláusula de Hardship”, in Contratos: Actualidade e Evolução: Actas do Congresso Internacional Organizado pelo Centro Regional do Porto da Universidade Católica Portuguesa de 28 a 30 de Novembro de 1991, (coord.) António Pinto MONTEIRO, Porto, Universidade Católica Portuguesa, 1997:167-204, p. 167

Desta maneira, tem-se que a cláusula de hardship busca não extinguir a relação contratual, mas sim adequá-la às novas circunstâncias que surgiram e desequilibraram o acordo.

Segue o ensinamento de Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald acerca da Cláusula de Hardship:

A cláusula de hardship encontra assento no direito contratual internacional. Durante a execução do contrato, circunstâncias econômicas, políticas ou sociais podem alterar de maneira fundamental o equilíbrio econômico do contrato. Dependendo da extensão dos efeitos de tal evento, os contratantes poderiam ver-se impossibilitados de executar as suas obrigações nos moldes avençados. Nestes casos, a cega obediência ao princípio da força obrigatória do contrato conduziria a objetivo contrário à proteção do interesse dos contratantes envolvido em decorrência de alteração fundamental das circunstâncias contratuais.

[...]

Os princípios relativos aos contratos internacionais de comércio Unidroit (Institut International pour l'Unification du Droit Privé) facultam às partes a inclusão da cláusula de hardship, estabelecendo dever de readequação contratual para fatos supervenientes que alterem substancialmente as circunstâncias, gerando desequilíbrio do conteúdo econômico do contrato.¹⁵

Resumindo, a cláusula de hardship apresenta-se como um mecanismo de exceção ao cumprimento do contrato em situações pré-definidas. Em outras palavras, pode ser considerada como uma mitigação do pacta sunt servanda.

Segue definição do doutrinador Frederico Glitz sobre o termo hardship:

O termo hardship significa na prática contratual internacional a alteração de fatores políticos, econômicos, financeiros, legais ou tecnológicos que causam algum tipo de dano econômico aos contratantes. Tais eventos têm, em comum, a possibilidade de poder alterar fundamentalmente as condições econômicas em que se desenvolvem os contratos. Esses efeitos são, especialmente, danosos naqueles contratos de longa duração, prejudicando lhes o equilíbrio das prestações e, mesmo, o próprio adimplemento das prestações recíprocas.¹⁶

Trata-se, portanto, de um dever dos contratantes de renegociarem o contrato quando houver o surgimento de acontecimentos que desequilibrem a relação contratual, quando este acontecimento não estiver protegido pelos riscos inerentes ao contrato.

¹⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD Nelson. Curso de Direito Civil: Direito dos Contratos. Vol. 4. 4 ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

¹⁶ 67 GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin. Contrato e sua Conservação: Lesão e Cláusula de Hardship, 1 ed. Curitiba: Juruá, 2012. p. 167

Outra fonte que se pode destacar para melhor elucidação do que se trata a Cláusula de Hardship é a definição trazida pela International Chamber of Commerce – ICC, a Câmara Internacional de Comércio:

INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE HARDSHIP CLAUSE
2003

[1]

A party to a contract is bound to perform its contractual duties even if events have rendered performance more onerous than could reasonably have been anticipated at the time of the conclusion of the contract.

[2]

Notwithstanding paragraph 1 of this Clause, where a party to a contract proves that:

[a] the continued performance of its contractual duties has become excessively onerous due to an event beyond its reasonable control which it could not reasonably have been expected to have taken into account at the time of the conclusion of the contract; and that

[b] it could not reasonably have avoided or overcome the event or its consequences, the parties are bound, within a reasonable time of the invocation of this Clause, to negotiate alternative contractual terms which reasonably allow for the consequences of the event.

[3]

Where paragraph 2 of this Clause applies, but where alternative contractual terms which reasonably allow for the consequences of the event are not agreed by the other party to the contract as provided in that paragraph, the party invoking this Clause is entitled to termination of the contract.

Traduzindo para o português, tem-se:

CLÁUSULA DE HARDSHIP DA CÂMARA INTERNACIONAL DO
COMÉRCIO 2003

[1]

Uma parte de um contrato é obrigada a cumprir suas obrigações contratuais mesmo que os eventos tenham tornado a execução mais onerosa do que poderia razoavelmente ter sido previsto no momento da celebração do contrato.

[2]

Sem prejuízo do disposto no n.º 1 desta Cláusula, quando uma das partes no contrato provar que:

[a] o cumprimento continuado de seus deveres contratuais tornou-se excessivamente oneroso devido a um evento além de seu controle razoável que não poderia razoavelmente esperar que fosse levado em consideração no momento da celebração do contrato; e essa

[b] não pudesse razoavelmente evitar ou superar o evento ou suas consequências, as partes são obrigadas, dentro de um prazo razoável da invocação desta Cláusula, a negociar termos contratuais alternativos que permitam razoavelmente as consequências do evento.

[3]

Quando o parágrafo 2 desta Cláusula se aplica, mas quando os termos contratuais alternativos que razoavelmente permitem as consequências do

evento não forem acordados pela outra parte do contrato conforme previsto nesse parágrafo, a parte que invoca esta Cláusula tem direito à rescisão do contrato.

3.2. Origem

A cláusula de hardship tem origem no Direito Internacional, onde a autonomia da vontade impera. Essa cláusula é, portanto, clara manifestação da autonomia da vontade dos contratantes, em que ambos poderão estabelecer rumos para melhor atender os objetivos do contrato e a sua manutenção.

A Cláusula de Hardship possui previsão legal na seção 2, artigos 6.2.1. ao 6.2.3. da UNIDROIT (Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado), conforme abaixo:

SEÇÃO 2: HARDSHIP

ARTIGO 6.2.1

(Obrigatoriedade do contrato)

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

ARTIGO 6.2.2

(Definição de hardship)

Há hardship quando sobrevêm fatos que alteram fundamentalmente o equilíbrio do contrato, seja porque o custo do adimplemento da obrigação de uma parte tenha aumentado, seja porque o valor da contraprestação haja diminuído, e

- (a) os fatos ocorrem ou se tornam conhecidos da parte em desvantagem após a formação do contrato;
- (b) os fatos não poderiam ter sido razoavelmente levados em conta pela parte em desvantagem no momento da formação do contrato;
- (c) os fatos estão fora da esfera de controle da parte em desvantagem; e
- (d) o risco pela superveniência dos fatos não foi assumido pela parte em desvantagem.

ARTIGO 6.2.3

(Efeitos da hardship)

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

contrato com vistas a restabelecer-lhe o equilíbrio. (PRINCÍPIOS UNIDROIT RELATIVOS AOS CONTRATOS COMERCIAIS INTERNACIONAIS 2016)

3.3. Requisitos

Tomando como base o disposto nos artigos acima transcritos, tem-se que os requisitos para a construção de uma cláusula de hardship, são: a) alteração fundamental das condições econômicas; b) superveniência do evento; e c) imprevisibilidade do evento.

Quanto à alteração fundamental das condições econômicas, pode-se dizer que não são todos os fatos que são capazes de provocar alteração significativa das condições econômicas dos contratantes. Ainda que o fato seja relevante, no caso de este não produzir efeitos significativos sobre a economia do contrato, não abrem margem à aplicação da cláusula de hardship. Deve, portanto, o fato ter íntima ligação com o desequilíbrio contratual.

No tocante à superveniência do evento, tem-se que o evento alterador das condições econômicas dos contratantes, por óbvio, deve ser posterior à realização do contrato.

Quanto a imprevisibilidade, esclarece-se que o evento não pode ser anteriormente previsto, devendo, portanto, estar fora do conhecimento ou das previsões que as partes tenham no momento da celebração do acordo e ainda, não estando o acontecimento acobertado pelos riscos inerentes ao contrato.

Todos os contratos possuem riscos. No entanto, frise-se que cada contrato deve ser analisado de maneira individual, vez que dependendo do objeto e da situação específica em que foi firmado, possuirá riscos diferentes, ou seja, tal análise deve ser realizada de acordo com o caso concreto, não se podendo, de maneira alguma, generalizar.

No âmbito dos contratos empresariais, em que sua finalidade é a obtenção de lucro, há de se sobrepesar o fato de que a sua finalidade, por si só, é indissociável ao risco.

3.4. Características

A formação da cláusula deve buscar a definição de dois elementos: a definição do que constitui um evento de hardship e o método por meio do qual será realizada a adaptação do contrato.

Pode-se afirmar que esta cláusula possui uma dupla finalidade. A primeira é a manutenção do vínculo contratual, ou seja, evitar a sua resolução. Por outro lado, tem-se a finalidade de garantir maior segurança às partes, através da renegociação das cláusulas.

Ainda que a atividade empresarial, essencialmente, ocorra visando o lucro e, portanto, esteja suscetível aos riscos do investimento, nada impede que a relação transcorra de maneira mais segura entre os contratantes.

É comum que as partes, ao estabelecerem a cláusula de hardship nos contratos, estipulem prazos para que esta seja invocada, ou seja, existe um limite de tempo para que os fatos supervenientes e alteradores do equilíbrio contratual que possam ensejar a renegociação do acordo possam ser alegados, de modo a garantir maior segurança ao que foi pactuado.

Caso a renegociação dos termos do contrato diretamente entre os contratantes não for possível, existe a possibilidade de um terceiro atuar no conflito, podendo ser tanto os tribunais como câmaras arbitrais, sendo que tal possibilidade já pode ser expressa quando da formação do contrato.

A resolução do contrato ocorrerá apenas nas hipóteses em que não for possível realizar a renegociação dos termos do contrato.

3.5. Aplicabilidade

A renegociação do contrato é pautada pelas condições inicialmente previstas quando da sua celebração. Uma vez inserida a cláusula de hardship, as partes passam a ter o dever de renegociar o contrato sempre que o acontecimento não se encontre acobertado pelos riscos próprios do contrato.

Para a caracterização deste risco é necessário observar o ambiente que rodeou a elaboração do contrato, a distribuição dos riscos, a lei aplicável ao contrato e os elementos pertinentes do mesmo, em suma, observar o caso concreto.

Reitera-se, novamente, que os contratos empresariais possuem, em sua essência, o risco do investimento realizado pelos empresários, não se podendo confundir um mero erro da parte que o colocou em situação prejudicial quando da realização do contrato e, por consequência, tornou o contrato onerosamente excessivo para si, com fatos realmente imprevisíveis que venham a alterar a condição econômica das partes, prejudicando o cumprimento do pactuado.

3.6. Diferenças para a cláusula de força maior e teoria da imprevisão

Ante as aparentes semelhanças entre os institutos da cláusula de hardship com a Força Maior e Teoria da Imprevisão, mister se faz uma breve diferenciação entre os conceitos apresentados.

3.6.1. Cláusula de hardship x cláusula de força maior

Conforme mencionado anteriormente, a Força Maior tem como característica a impossibilidade da manutenção da relação contratual, ou seja, sua extinção, em decorrência de tornar-se excessivamente onerosa a uma das partes.

Por sua vez, a cláusula de hardship também tem origem na onerosidade excessiva a uma das partes em decorrência de um evento imprevisível que cause desequilíbrio na relação contratual. Porém, neste caso, o desequilíbrio poderá ser sanado através da renegociação dos termos inicialmente pactuados.

Portanto, tem-se que a Força Maior impossibilita a continuidade da relação contratual, e conseqüentemente resulta em sua extinção. A cláusula de hardship busca renegociar os termos do contrato para que se busque novamente o equilíbrio da relação e ocorra a manutenção do pacto.

3.6.2. Cláusula de hardship x teoria da imprevisão

A cláusula de hardship, quando comparada à Teoria da Imprevisão, garante uma maior segurança aos contratantes, isto pois, restringe as possibilidades de resolução de possíveis conflitos durante o cumprimento dos contratos e permite a sua revisão objetivando a sua manutenção.

A Teoria da Imprevisão, por sua vez, é mais ampla, não limitando claramente sua forma de aplicação, bem como fazendo-se necessária a observação de requisitos como o lucro desproporcional a uma das partes, por exemplo.

Portanto, a cláusula de hardship não necessitaria de qualquer diploma legal para sua caracterização, mas tão somente a confirmação dos acontecimentos previstos na cláusula.

Poderia, inclusive, a cláusula excluir determinados eventos e, com isso, fazer com que estes não sejam motivos justos para a readaptação do contrato.

4. A PANDEMIA DO COVID-19: EVENTO IMPREVISÍVEL, ALTERADOR DAS CONDIÇÕES ECONÔMICAS E ESTRANHO AO RISCO DO NEGÓCIO EMPRESARIAL

A pandemia da Covid-19 foi, indiscutivelmente, devastadora. Instaurou uma crise política e econômica da qual os reflexos se permearão por um longo período. A crise econômica, pelo seu próprio nome, carrega consigo a recessão econômica, somada a insegurança de investidores e a incerteza sobre as relações contratuais. É este o cenário atual decorrente da pandemia.

Em termos de saúde pública, colocou à prova a capacidade dos países do mundo todo em diversos aspectos, como por exemplo comportar os milhões de infectados em hospitais, haja vista a grande capacidade de transmissão do vírus, assim como a capacidade dos cemitérios em comportarem milhares de mortos, sendo esta uma dificuldade enorme enfrentada pelo Brasil, especialmente no Estado do Amazonas durante o ano de 2021.¹⁷

Segundo dados da Organização Mundial da Saúde, até outubro de 2022, foram mais de 623 (seiscentos e vinte e três) milhões de infectados, com mais de 6.500.000 (seis milhões e quinhentos mil) mortos por todo o planeta. Apenas no Brasil, tivemos mais de 34 (trinta e quatro) milhões de casos confirmados e mais de 600.000 (seiscentos mil) mortos.¹⁸

A letalidade e a enorme taxa de contágio obrigaram governos do mundo todo a tomarem medidas de emergência para tentar frear a quantidade de infectados, que vinha crescendo de maneira assustadora, o que afetou diretamente as economias mundiais.

Dentre essas medidas houveram lockdowns, ou seja, o confinamento de pessoas em suas casas, para evitar a circulação da população nas ruas e, conseqüentemente, diminuir a taxa de contaminação do vírus.

¹⁷ <https://g1.globo.com/am/amazonas/noticia/2021/11/02/corpos-de-vitimas-da-covid-enterradas-empilhadas-em-valas-comuns-em-manaus-serao-exumados-diz-prefeito.ghtml>

¹⁸ <https://covid19.who.int/>

Neste período sombrio, houveram épocas em que apenas os serviços considerados essenciais estavam em funcionamento. Inúmeras empresas mantiveram-se fechadas por um tempo considerável, o que, inevitavelmente, prejudicou seus negócios.

Com relação ao mundo acadêmico, escolas e universidades se viram obrigadas a se adaptarem ao contexto atual, sendo certo que aulas à distância tornaram-se comuns, de modo a evitar que as pessoas tivessem que sair de suas casas e se exporem ao risco da contaminação do vírus.

As empresas e os negócios em geral, por sua vez, passaram a adotar o sistema home-office, no qual os funcionários passaram a exercer suas funções diretamente de sua própria residência.

Ressalte-se, ainda, a demora na produção de vacina capaz de combater ou ao menos atenuar os efeitos do vírus, o que acabou prorrogando a adoção das medidas restritivas pelos governos.

Neste sentido, a economia global foi diretamente afetada pela pandemia. Segundo dados do world bank, no início da pandemia, foi feita a previsão de que a economia mundial sofreria a recessão mais profunda após a Segunda Guerra Mundial.¹⁹

Em termos de impactos financeiros, o avanço da epidemia derrubou as principais bolsas de valores do mundo. Dentre as atividades econômicas mais afetadas com a redução no preço das ações estão as companhias aéreas e empresas dos setores de turismo, tecnologia, eletrônicos, minérios, automóveis e até alimentos. Tudo isso diminuiu os lucros e gera uma ruptura na cadeia de suprimentos. Enquanto as bolsas despencam o dólar bate recorde de altas sucessivas.²⁰

Importante mencionar a impossibilidade de se prever a ocorrência de uma pandemia. Ainda que considerados os riscos inerentes aos contratos empresariais, não se pode admitir que a Covid-19 não enquadre-se como um evento imprevisível, alterador das condições econômicas e estranho ao risco do negócio empresarial.

Não é necessário grande esforço para notar que os impactos econômicos decorrentes de uma pandemia são completamente capazes de alterar as condições financeiras das empresas e,

¹⁹ <https://www.worldbank.org/pt/country/brazil/brief/impactos-da-covid19-no-brasil-evidencias-sobre-pessoas-com-deficiencia-durante-a-pandemia#:~:text=Depois%20de%20ter%20experimentado%20a,que%20no%20per%C3%ADodo%20pr%C3%A9vio%20da%20pandemia.>

²⁰ <https://valor.globo.com/financas/noticia/2022/03/23/ibovespa-completa-2-anos-de-seu-maior-tombo-provocado-pela-pandemia-de-covid-19.ghtml>

consequentemente, desequilibrar financeiramente um contrato empresarial estabelecido em período anterior à crise mundial.

5. A POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA CLÁUSULA DE HARDSHIP NOS CONTRATOS EMPRESARIAIS DIANTE DA PANDEMIA DA COVID-19

Passa-se, portanto, a analisar a possibilidade da aplicação da cláusula de hardship nos contratos empresariais em decorrência da Covid-19.

Inevitavelmente, a crise política e econômica oriunda da pandemia da Covid-19 resulta em alterações bruscas das relações contratuais. Apenas a título de exemplo, pode-se citar como consequências diretas da pandemia a inflação, desvalorização da moeda e instabilidade política.

Tais alterações acabam por prejudicar os contratos, vez que podem torná-los excessivamente onerosos para uma das partes e, portanto, a sua renegociação torna-se elemento fundamental na tentativa de conservar o negócio jurídico.

Neste sentido, verifica-se a importância da existência de cláusula de hardship. Pois bem, para que seja possível analisar a possibilidade de aplicação da cláusula de hardship nos contratos empresariais em decorrência dos impactos causados pela pandemia da Covid-19, deve-se retomar os requisitos de aplicação da referida cláusula.

Pois bem, conforme explanado acima, a cláusula de hardship pode ser invocada quando ocorrer alteração fundamental das condições econômicas, a qual será decorrente de um evento superveniente e imprevisível.

Levando em consideração os contratos que foram celebrados em momento anterior à pandemia da Covid-19, tem-se que esta, por óbvio, trata-se de um evento superveniente.

Outrossim, tendo como base o que foi estudado acerca dos riscos do contrato, os quais são assumidos no momento da celebração e ainda, também considerando que os contratos empresariais visam o lucro, o que naturalmente coloca os empresários em uma situação de obrigatoriedade de arcar com o risco inerente ao investimento, ainda assim pode-se afirmar que a pandemia da Covid-19 está fora dos riscos previstos no momento da celebração do contrato.

Dessa forma, em um contexto de pandemia mundial e de instabilidade política e econômica cada vez mais presente na sociedade, fazer uso em um contrato de uma cláusula hardship que impõe às partes um dever de renegociação como condição para o início de uma disputa arbitral ou judicial, e nela já prever formas de resolução para eventuais problemas

futuros, proporciona às partes contratantes uma inequívoca segurança jurídica ao contrato, em especial nos contratos de longa duração, e ainda prestigia as resoluções amigáveis de conflito e, conseqüentemente, proporciona uma redução na distribuição de ações.

6. CONCLUSÃO

Do presente estudo, foi possível realizar uma análise aprofundada acerca dos contratos, instituto tão importante e presente no cotidiano de todas as pessoas em todos os lugares do planeta. Foram analisados quais são os seus requisitos de validade, assim como a legislação que os regulamenta.

O caráter obrigatório dos contratos é justamente o que lhe confere tamanha relevância. Esse caráter decorre do princípio do *pacta sunt servanda* e é baseado na ideia de que não há motivos para o não cumprimento de algo que foi livremente manifestado pelas partes.

No entanto, foi visto que este caráter obrigatório não pode ser interpretado de maneira absoluta, ou seja, pode ser relativizado em algumas hipóteses, conforme previsão legal. Dentro dessas hipóteses, analisou-se a força maior e a teoria da imprevisão.

Tendo em mente a relativização da força obrigatória dos contratos, foi abordada a Cláusula de Hardship. O próprio nome indica qual é sua hipótese de aplicação, visto que o termo *hardship*, traduzido para o português, refere-se à dificuldade.

Portanto, esta cláusula é utilizada quando há dificuldade no cumprimento das obrigações do contrato. Entretanto, referida dificuldade não deve ser generalizada ao ponto de ser invocada sempre que uma das partes encontrar-se em situação de complicação de cumprir o que foi pactuado.

Especialmente no cenário dos contratos empresariais, os quais almejam o lucro e o desenvolvimento da própria atividade empresarial, o risco necessário para realizar um investimento é inerente à sua essência. Portanto, o mero erro do empresário ao analisar e calcular o risco de seu investimento, que conseqüentemente pode colocá-lo em condição dificultada no tocante ao cumprimento de um contrato, ainda que em condição econômica muito diferente daquela existente na formação do pacto, não enseja a sua renegociação através da cláusula de *hardship*.

Diante disso, os requisitos para aplicação da cláusula de *hardship* foram devidamente analisados, concluindo-se que só há possibilidade de sua utilização quando as condições econômicas dos contratantes encontrarem-se alteradas, de modo a dificultar o cumprimento de uma obrigação contratual por ter se tornado excessivamente oneroso em decorrência de um fato superveniente e imprevisível, já excluindo destes aqueles decorrentes do erro do próprio empresário, vez que o risco é inerente aos contratos empresariais.

Sob esta ótica, inseriu-se a este contexto a pandemia da Covid-19, que impactou profundamente a sociedade e o mundo em diversos aspectos. Além das consequências no que se refere à saúde, haja vista as milhares de mortes e contaminações ao redor do mundo, o impacto da pandemia na economia foi enorme, o que afetou diretamente os contratos empresariais firmados em um contexto completamente diferente do atual.

As medidas tomadas pelos governos ao redor do mundo quanto à restrição de circulação de pessoas nas ruas com os famosos lockdowns, resultaram no fechamento temporário de diversas atividades empresariais, o que por óbvio causou enorme prejuízo, e dificultou o cumprimento das obrigações contratuais, especialmente no tocante aos pequenos negócios, com capacidade financeira reduzida.

Não bastasse, a enorme instabilidade política causada pela pandemia ocasionou uma enorme queda na bolsa de valores, o que impactou diretamente todos os países do mundo, que tiveram alta na inflação e desvalorização da moeda nacional.

Deste modo, a pandemia da Covid-19 pode ser caracterizada como um fato imprevisível, superveniente, completamente alheio à vontade das partes, e alterador das condições econômicas dos empresários contratantes, que dificultou o cumprimento de obrigações contratuais por terem se tornado excessivamente onerosas.

Por fim, conclui-se que a Cláusula de Hardship é ferramenta fundamental para alcançar a manutenção dos negócios jurídicos e, conseqüentemente, dos contratos empresariais. No mais, a pandemia da Covid-19 atende aos requisitos para a sua aplicação, podendo, portanto, ser a cláusula de hardship o mecanismo ideal e necessário para que os contratos não sejam resolvidos, e sim reajustados, de maneira a preservar o negócio jurídico e atender as finalidades pretendidas pelos contratantes.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BAPTISTA, Luiz Olavo. Doutrinas Essenciais de Direito Internacional | vol. 5 | p. 201 - 216 | Fev / 2012;

BRASIL. Lei Nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 20 de set. de 2022.

BRASIL. Lei Nº 13.874 de 20 de Setembro de 2019. Lei de Liberdade Econômica, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm. Acesso em 15 de ago. de 2022.

BULGARELLI, Waldirio. Contratos Mercantis, 1951;

COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito civil: contratos. 3. ed. rev. São Paulo: Forense, 2009. Volume 3;

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro, 3º volume, (2016);

DRUCK, Tatiana Oliveira. In: TIMM, Luciano Benetti. Direito de empresa e Contratos – Estudo dos impactos do Novo Código Civil. São Paulo: Thomson, 2006;

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD Nelson. Curso de Direito Civil: Direito dos Contratos. Vol. 4. 4 ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

FERREIRA, Waldemar. Instituições de Direito Comercial, v. 3, 1949;

FINKELSTEIN, Eugênia. M. Manual de Direito Empresarial, 8ª edição. Grupo GEN, 2016;

FORGIONI, Paula A. A interpretação dos negócios empresariais no novo Código Civil brasileiro. Revista de direito mercantil, v. 130. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. Interpretação nos negócios empresariais. Contratos empresariais: fundamentos e princípios dos contratos empresariais. Wanderley Fernandes (coord.). São Paulo: Saraiva, 2007;

FORGIONI, Paula. Teoria Geral dos Contratos Empresariais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010;

FRANÇA. Código Civil Francês. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=78959C7D78C4294194D8FA779BA880D6.tpdila08v_2?idSectionTA=LEGISCTA000006150240&cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20160518>. Acesso em: 20 de set. de 2022.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de Direito Civil. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. (v. 1);

GLICÉRIO, João Filho. Coleção Saberes do Direito; vol. 29 - Direito empresarial III:

títulos de crédito e contratos empresariais. Editora Saraiva, 2012;

GOMES, Orlando. Contratos, 26º Ed, Rio de Janeiro: Editora Forense. 2007;

GOMES, Orlando. Introdução ao Direito Civil, 19ªED. 2008;

GONÇALVES, Carlos Roberto. Sinopses Jurídicas. Vol. 6. Tomo I. São Paulo: Saraiva, 16ª edição, 2014;

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro, volume 3, 9ª ed.. São Paulo : Saraiva, 2012, .p. 52-53, apud STJ, REsp 407.097/RS, rel. Min. Ari Pargendler, DJU, 29 de setembro de 2003;

GLICÉRIO, João Filho Coleção Saberes do Direito; vol. 29 - Direito empresarial III: títulos de crédito e contratos empresariais. Editora Saraiva, 2012;

GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin. Contrato e sua Conservação: Lesão e Cláusula de Hardship, 1 ed. Curitiba: Juruá, 2012;

GOMES, Júlio Manuel Vieira, GOMES, Júlio Manuel Vieira, “Cláusula de Hardship”, in Contratos: Actualidade e Evolução: Actas do Congresso Internacional Organizado pelo Centro Regional do Porto da Universidade Católica Portuguesa de 28 a 30 de Novembro de 1991, (coord.) António Pinto MONTEIRO, Porto, Universidade Católica Portuguesa;

<https://valor.globo.com/financas/noticia/2022/03/23/ibovespa-completa-2-anos-de-seu-maior-tombo-provocado-pela-pandemia-de-covid-19.ghtml>

<https://www.worldbank.org/pt/country/brazil/brief/impactos-da-covid19-no-brasil-evidencias-sobre-pessoas-com-deficiencia-durante-a-pandemia#:~:text=Depois%20de%20ter%20experimentado%20a,que%20no%20per%C3%A9Dodo%20pr%C3%A9Dpandemia.>

INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE. ICC Force Majeure Clause 2003. ICC Hardship Clause 2003. Disponível em: <http://www.derecho.uba.ar/internacionales/competencia_arbitraje_iic_force_majeure_and_hardship_clauses_2003.pdf>. Acesso em: 20 jul 2020.

JUNIOR Nery, Nelson. Código civil comentado / Nelson Nery Junior, Rosa Maria de Andrade Nery. - 8. ed. rev., ampl. e atual. até 12.07.2011. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011;

LARENZ, Karl. Derecho de Obligaciones, Ed. Madrid, 1958;

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípios sociais dos contratos no CDC e no novo Código Civil. Jus Navigandi, Teresina, a. 6, nº 55, mar./2002;

MIRANDA, Pontes de. Tratado de direito privado, parte especial. Tomo XXXVIII. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984;

NEGRÃO, Ricardo. Curso de Direito Comercial e de Empresa: Títulos de Crédito e Contratos Empresariais – v. 2. [Digite o Local da Editora]: Editora Saraiva, 2022. E-book. ISBN 9786553622203. Disponível em:

<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553622203/>. Acesso em: 11 out. 2022;
[http://repositorio.uportu.pt/xmlui/bitstream/handle/11328/1086/leonardo_aquino.pdf?sequence=1&isAllowed=y#:~:text=Cl%C3%A1usula%20de%20Hardship-,As%20cl%C3%A1usulas%20de%20hardship%20surgiram%20da%20pr%C3%A1tica%20dos%20contratos%20internacionais,no%20transcorrer%20da%20sua%20execu%C3%A7%C3%A3o](http://repositorio.uportu.pt/xmlui/bitstream/handle/11328/1086/leonardo_aquino.pdf?sequence=1&isAllowed=y#:~:text=Cl%C3%A1usula%20de%20Hardship-,As%20cl%C3%A1usulas%20de%20hardship%20surgiram%20da%20pr%C3%A1tica%20dos%20contratos%20internacionais,no%20transcorrer%20da%20sua%20execu%C3%A7%C3%A3o;);

NERY, Nelson Jr. e Outra. Código Civil Comentado. 4ª Edição. Ed. RT: 2006;
TJ-RJ - AI: 00392478520208190000, Relator: Des(a). JDS RICARDO ALBERTO PEREIRA, Data de Julgamento: 23/09/2020, VIGÉSIMA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 19/10/2020;

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil. v. II: Teoria geral das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 2007;

ROPPO, Enzo. Título. O contrato. 2009;

STJ, REsp nº 977.007/GO, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrigui, v. U., julg. 24/11/2009;

STRENGER, Irineu. Direito Internacional Privado. 6. ed. São Paulo: LTR, 2005;
PAIVA, Heloísa Assis de. Escolha da Lei de Regência nos Contratos Internacionais. In: Revista de Direito Internacional e Econômico. Porto Alegre: Síntese/INCE, nº 7, abr-mai/jun/2004;

TARTUCE, Flávio. Direito Civil. vol. 3. São Paulo: Método, 9ª edição, 2014;
VENOSA, Direito Civil - Vol. II - Teoria Geral Das Obrigações e Teoria Geral Dos Contratos - 11ª Ed. 2011;

UNIDROIT. Princípios Unidroit Relativos aos Contratos Comerciais Internacionais 2010. Tradução: Lauro Gama Jr. Disponível em: <http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/translations/blackletter2010-portuguese.pdf>.

WALD, Arnold. Obrigações e contratos. 13 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998;