

OPINIÃO

A cláusula de *hardship* como dever de renegociação dos contratos

3 de setembro de 2020, 6h03

Por Marcos Cesar Pimentel Junior

É indiscutível que o cenário atual impactou significativamente o setor econômico, causando, como efeito dominó, o desequilíbrio nas relações contratuais, já que com as determinações de isolamento social e a solidificação da política de trabalho *home office* os grandes centros comerciais praticamente paralisaram as suas atividades e a oferta que, até então, era relevante vem encontrando grande dificuldade em se reerguer, haja vista a maciça onda de desemprego aliada à insegurança do consumidor, reduzindo, assim, o número de compras.

Em um contexto de pandemia mundial, as negociações sobre um contrato que se protraí no tempo nunca se fizeram tão presentes nas mais diversas relações privadas, isso porque, com o receio de ver o seu negócio encerrar, o empresário, seja pequeno ou grande, tem se empenhado em readequar os termos do contrato com o objetivo de manter o mesmo equilíbrio que era contemporâneo ao momento da celebração.



Conforme se infere das mais diversas decisões proferidas pelo país, o grande ponto para o sucesso desse reequilíbrio é o diálogo em espírito harmonioso pelas partes, a fim de que estas, por si só, antes de iniciarem uma disputa, possam resolver o dissídio instaurado. Não obstante tal fato, muitos são os casos em que a negociação prévia não foi sequer iniciada, ou quando foi, limitou-se a mero requerimento com imposições daquele que pretendia a sua redução em sua contraprestação.

A jurisprudência brasileira, por sua vez, posiciona-se no sentido de que a tentativa prévia de negociações entre as partes, não é pressuposto para a propositura da ação judicial ou do procedimento arbitral.

Certo é que os contratos celebrados representam as vontades das partes e, salvo raras exceções, não comportam uma interferência de terceiro sobre o mesmo, ainda que esse terceiro seja o Estado, de modo que a principal busca deve ser pelo cumprimento dos termos dos contratos privilegiando-se, assim, o princípio *pacta sunt servanda* e a intangibilidade dos contratos.

Porém, em que pese o nítido prestígio à integralidade do contrato, o próprio Código Civil traz situações, com base na teoria da imprevisão, artigos 478 e seguintes, que poderá haver a mitigação da força vinculativa do contrato, desde que se cumpram os requisitos legais.

A doutrina constrói, ainda, as cláusulas de força maior que, em síntese, teriam o caráter de excludente de responsabilidade, porquanto, em decorrência de situações imprevistas seria viável a constatação da extrema onerosidade para uma das partes, ocasião em que a execução do contrato se tornaria impossível.

Nesse cenário, a parte contrária, quase sempre, surpreende-se com uma intimação judicial para responder uma ação revisional objetivando o reequilíbrio do contrato e, por mais que se tenham técnicas objetivando a resolução de um litígio para esses casos a partir da mediação, esta, dada a sua pouca eficiência no âmbito do tribunal, quase nunca é exitosa.

Por vezes, a parte contrária não é só surpreendida com a intimação judicial como também essa manifestação judicial, em alguns casos, é acompanhada de uma decisão liminar em que confere ao requerente uma redução em sua contraprestação, causando um prejuízo significativo a parte que sequer esperava um queda em sua receita de forma tão repentina.

Nesse contexto de insegurança jurídica, surge a necessidade, cada vez mais latente, da inclusão nos contratos da cláusula de *hardship*, a fim de que, antes de deflagarem qualquer disputa arbitral ou judicial, tenham as partes dever de renegociar o contrato de forma administrativa.

Assim, a cláusula de *hardship* se traduz em verdadeiro mecanismo de resolução amigável para solução da disputa, carecendo assim, nesse momento prévio, da imperatividade de um julgador ou árbitro e afastando, de forma temporária, o princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional.

Conforme lecionam Chaves e Nelson Rosenvald, a cláusula de *hardship* encontra assento no Direito internacional privado e possuem fundamento em circunstâncias econômicas, políticas ou sociais podem alterar de maneira fundamental o equilíbrio econômico do contrato e, conforme o caso, podem ensejar na impossibilidade de sua execução na forma contratada [1].

Assim, depreende-se que a cláusula de *hardship* seria deflagrada quando as condições externas do contrato e imprevisíveis ao tempo da contratação alterassem de forma significativa a prestação ou a contraprestação do contrato, urgindo, desse modo, a necessidade de uma readequação ao contrato, a fim de que a paridade entre as partes retorne ao status quo, ou seja, a utilização da cláusula teria por objetivo a conservação do contrato com as readaptações necessárias.

Nesse contexto, vale colacionar a previsão da referida cláusula no sistema internacional, artigo 6.2.2 e 6.2.3 da UNIDROIT:

"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".

A cláusula de *hardship* reflete, ainda, a verdadeira autonomia das partes e vai ao encontro da boa-fé contratual e, ainda, prestigia a manutenção do contrato e a segurança jurídica, já que os contratantes podem construir cláusulas que irão prever os exatos termos da modificação futura do contrato por fatores externos.

Assim, as partes, numa cláusula de *hardship*, já poderiam fixar não somente o dever de renegociar, mas também como será essa renegociação, tal como estipular prazos para a tentativa prévia de resolução antes de instaurar qualquer disputa arbitral ou judicial, bem como os novos valores e novos índices econômicos para o contrato e, também, como ocorrerá esse procedimento. No que tange ao prazo, as partes podem estabelecer um determinado número de semanas ou até meses para a tentativa de renegociação, ocasião em que obstará o acesso à tutela jurisdicional, seja pela arbitragem ou pela via judicial, até o findar desse prazo.

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. A teoria da imprevisão, por sua vez, está disciplinada nos artigos 478 a 480 do Código Civil e traz condições limitadas para a sua caracterização e ainda necessita da verificação de uma obrigação excessivamente onerosa a uma das partes. Já 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.

Para a execução que se espera de uma cláusula que impõe o dever de renegociar, é imprescindível que as tratativas entre as partes sejam pautadas na boa-fé e que haja, ainda, a vontade mútua em avançar os termos do contrato, impedindo, dessa forma, o comportamento intransigente sem justificativa, já que pensar de forma contrária ocasionaria na ineficácia geral da cláusula e, com isso, frustraria a boa-fé que rege o negócio jurídico celebrado, podendo, inclusive, haver penalidade da parte que não observou a cláusula em comento.

Não se pode olvidar que se inclinar à renegociação do contrato e viabilizar a discussão sobre o mesmo não é o mesmo que aderir a todas as solicitações formuladas pela parte que deflagrou o uso da cláusula de *hardship*, que apenas impõe o dever de renegociar pautado na boa-fé objetiva.

É importante destacar que o impedimento de se instaurar um procedimento arbitral ou judicial antes de findo o prazo da cláusula de *hardship* não caracteriza a violação da inafastabilidade do controle jurisdicional, isso porque a cláusula não possui o condão de impedir totalmente a aplicação deste princípio constitucional, mas, sim, de limitá-lo temporariamente.

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.

[1] FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil: Direito dos Contratos. Vol. 4.

4 ed. Salvador: Juspodivm, 2014. p.240

Marcos Cesar Pimentel Junior é advogado no escritório Peixinho, Cacao e Pires Consultores e Advogados, pós-graduando em Processo Civil pela PUC-Rio e membro do Comitê de Jovens Arbitralistas do CBMA.

Revista **Consultor Jurídico**, 3 de setembro de 2020, 6h03