



Instituto Mackenzie
Biblioteca George Alexander
Direito

REVISTA DE DIREITO MERCANTIL INDUSTRIAL, ECONÔMICO E FINANCEIRO

Publicação do
Instituto Brasileiro de Direito Comercial Comparado
e Biblioteca Tulio Ascarelli
e do Instituto de Direito Econômico e Financeiro,
respectivamente anexos aos
Departamentos de Direito Comercial e de
Direito Econômico e Financeiro da
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Edição da
Editora Revista dos Tribunais Ltda.

REVISTA DE DIREITO MERCANTIL INDUSTRIAL, ECONÔMICO E FINANCEIRO

Fundador:

WALDEMAR FERREIRA

Diretor:

PIILOMENO J. DA COSTA

Diretor Executivo:

FÁBIO KONDER COMPARATO

Coordenador:

WALDÍRIO BULGARELLI

Redatores:

ANTONIO MARTIN, CARLOS ALBERTO SENATORE, HAROLDO M. VERÇOSA, JOSÉ ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO, MAURO DELPHIM DE MORAES, MAURO RODRIGUES PENTEADO, NEWTON DE LUCCA, NEWTON SILVEIRA, PAULO SALVADOR FRONTINI, RACHIEL SZTAJN, VERA HELENA DE MELLO FRANCO.

Edição e distribuição da

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS LTDA.

Rua Conde do Pinhal, 80 — Caixa Postal 678 — Fax (011) 607-5802
CEP 01501-060 - São Paulo, SP, Brasil

Diretor Presidente:

CARLOS HENRIQUE DE CARVALHO FILHO

Diretor Superintendente:

ANTONIO BELLINELLO

Diretor Editorial:

AFRO MARCONDES DOS SANTOS

Diretor de Produção:

ENYL XAVIER DE MENDONÇA

MARKETING E COMERCIALIZAÇÃO

Diretor:

ROBERTO GALVANE

Gerente: KUNJI TANAKA

Assistente: MELISSA TREVIZAN CHIBANE

CENTRO DE ATENDIMENTO AO LEITOR: Tel. (011) 607-2433

Digitização e diagramação eletrônica: CHC INFORMÁTICA S/C LTDA., Rua Tabatinguera, 140, Térreo, Loja 2 — Tel. (011) 607-2297 — Fax (011) 606-3772 — CEP 01020-901 - São Paulo, SP, Brasil. — *Impressão:* EDITORA PARMA LTDA., Av. Antonio Bardella, 280 — Tel. (011) 912-7822 — CEP 07220-020 - Guarulhos, SP, Brasil.

SUMÁRIO

DOCTRINA

- **Minority withdrawal rights and the illiquidity problem; a comparative study between New York and Brazilian law on close corporations** — Flávio R. Bettega 5
- **As cláusulas de não-concorrência nos “shopping centers”** — Fábio Konder Comparato 23
- **Execução específica de cláusula arbitral** — Celso Barbi Filho 29
- **A responsabilidade do administrador de instituição financeira, em face da lei bancária** — Luiz Alfredo Paulin 39
- **O direito de recesso na incorporação, fusão ou cisão de sociedades** — Norma Jonssen Parente 67
- **As cláusulas de força maior e de “hardship” nos contratos internacionais** — José Augusto Fontoura Costa e Ana Maria de Oliveira Nusdeo 76
- **Nota sobre a execução específica da obrigação de contratar** — Fábio Konder Comparato 104

ATUALIDADES

- **Alguns aspectos heréticos da Lei antitruste (Lei 8.884/94)** — João Luiz Coelho da Rocha 108
- **A cédula de produto rural** — Waldirio Bulgarelli 114

JURISPRUDÊNCIA

- **Sigilo bancário — Informações bancárias requisitadas pelo Ministério Público** — Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa 119

CURRICULUM DOS COLABORADORES DESTE NÚMERO

ANA MARIA DE OLIVEIRA NUSDEO

Advogada em São Paulo, Pós-Graduanda da Faculdade de Direito da USP, na área de Direito Econômico.

CELSO BARBI FILHO

Professor Assistente e Mestre em Direito Comercial na Faculdade de Direito da UFMG; Procurador do Estado de Minas Gerais.

FÁBIO KONDER COMPARATO

Doutor pela Universidade de Paris; Prof. Titular de Direito Comercial da Faculdade de Direito da USP.

FLÁVIO R. BETTEGA

Advogado em Curitiba; Mestre em Direito pela Tulane University, EUA.

HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA

Prof. Doutor do Departamento de Direito Comercial da Faculdade de Direito da USP.

JOÃO LUIZ COELHO DA ROCHA

Advogado no Rio de Janeiro.

JOSÉ AUGUSTO FONTOURA COSTA

Pós-Graduando da Faculdade de Direito da USP, na área de Direito Internacional Privado.

LUIZ ALFREDO PAULIN

Advogado em São Paulo.

NORMA JONSSSEN PARENTE

Prof.^a da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro; Procuradora do Estado do Rio de Janeiro; Advogada.

WALDIRIO BULGARELLI

Professor Titular de Direito Comercial da Faculdade de Direito da USP; Professor dos cursos de graduação e pós-graduação da Faculdade de Direito da USP; Membro do Instituto Brasileiro de Direito Comercial Comparado e "Biblioteca Tulio Ascarelli"; Instituto Paulista de Direito Agrário; Instituto dos Advogados de São Paulo e Instituto dos Advogados Brasileiros e da Academia Paulista de Direito.

AS CLÁUSULAS DE FORÇA MAIOR E DE "HARDSHIP" NOS CONTRATOS INTERNACIONAIS *

JOSÉ AUGUSTO FONTOURA COSTA

e

ANA MARIA DE OLIVEIRA NUSDEO

1. Importância e utilização — 2. Força Maior: 2.1 Composição da Cláusula; 2.2 A Prática da Redação nos Contratos Internacionais; 2.2.1 Hipótese; 2.2.2 Regime — 3. "Hardship": 3.1 Composição da Cláusula; 3.2 A Prática da Redação nos Contratos Internacionais; 3.2.1 Hipótese; 3.2.2 Regime — 4. Comparação — 5. Localização do Tema: Estipulação Contratual — 6. Direito Comparado: 6.1 "Common Law"; 6.2 "Civil law"; 6.2.1 Direito Francês; 6.2.2 Direito Alemão; 6.3 Direito Japonês — 7. Arbitragem: 7.1 Funções; 7.2 Jurisprudência Arbitral; 7.3 Conclusão — 8. "Hardship" e "Force Majeure" no Direito Brasileiro: 8.1 Condição: Uma Categoria Utilizável?; 8.1.1 Estruturas das Cláusulas e da Condição; 8.1.2 As Condições Extintiva e Suspensiva; 8.1.2.1 As Cláusulas Como Terceira Espécie; 8.1.2.2 As Cláusulas de Força Maior e "Hardship" como Compostas de Várias Condições; 8.1.2.3 As Cláusulas de Força Maior e "Hardship" para além das Condições; 8.1.3 Regime das Condições; 8.1.3.1 As Condições Puramente Potestativas; 8.1.3.2 Outros Pontos do Regime Legal das Condições; 8.2 Força Maior; 8.2.1 Localização do Tema; 8.2.2 Caracterização da Força Maior; 8.2.3 A Impossibilidade; 8.2.3.1 Conceito; 8.2.3.2 Classificações; 8.2.3.3 Alcance da Autonomia da Vontade; 8.2.4 Finalidades — 9. Conclusão Final.

1. IMPORTÂNCIA E UTILIZAÇÃO

Há muitas relações econômicas internacionais que necessitam tomar corpo em contratos de longo prazo, como os de fornecimento, transferência de tecnologia, contratos financeiros e construção civil, entre outros. Esses negócios têm como característica o contato com sistemas jurídicos diversos.

Pode ser por demais arriscado, mesmo para o sucesso do contrato, a assunção de obrigações que podem não corresponder aos objetivos econômicos das partes ou simplesmente tornarem-se de cumprimento impossível, no curso do tempo. Com efeito, uma tempestade inunda todas as vias de circulação, iso-

lando o estabelecimento do exportador; uma crise cambial grave leva à edição de normas emergenciais impeditivas da remessa de divisas ao exterior; o atraso no fornecimento de um determinado material impede o construtor de concluir a obra no prazo; ou ainda, com a alteração imprevisível do preço de mercado de um bem, decorrente de uma guerra ou inovação tecnológica, a presta-

* Este trabalho resultou de um estudo elaborado pelos autores no curso de pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, na disciplina contratos Internacionais — Tipificação Contratual, ministrada pelo Prof. Hermes Marcelo Huck, no 1.º semestre de 1994.

ção torna-se excessivamente onerosa ou inútil para uma das partes.

Por isso tem sido de uso freqüente a inserção de cláusulas flexibilizadoras da relação contratual, dentre as quais as de *force majeure* e *hardship*.

Convém, preliminarmente, fazer uma distinção entre essas cláusulas e outras ditas de adaptação, que podem ser previstas em um contrato. Cláusulas monetárias (ouro, dólar), de revisão automática de preços, de ajuste quantitativo (com a previsão de que se reduza a obrigação de fazer de uma parte, em função de uma queda de preços) e *first refusal clause* (impõe ao comprador o dever de ajustar o preço combinado à margem praticada no mercado) referem-se a eventos previsíveis e já trazem em si a solução, não dependendo de renegociação.¹

Cláusulas de *force majeure* são aquelas que, grosso modo, possibilitam a suspensão da prestação ou, em caso extremo, a resolução de contrato, com exoneração da responsabilidade do devedor pela mora e inadimplemento, frente à impossibilidade temporária ou definitiva do cumprimento de suas obrigações.

Por outro lado, as cláusulas de *hardship* prevêm a renegociação pelas partes dos termos contratuais, quando a execução houver se tornado inútil ou demasiado onerosa para uma delas, em vista das modificações imprevistas de circunstâncias.

As legislações nacionais normalmente oferecem soluções para este tipo de situação, pelo menos para a impossibilidade, as quais, entretanto, nem sempre são adequadas às especificidades e dinamismo das atuais relações comerciais internacionais. Assim, a disciplina contratual, através das mencionadas cláusulas, permite um tratamento autônomo e

original, visando, sobretudo, à preservação do negócio, ao passo que os institutos jurídicos internos, muito freqüentemente, tendem a extinguir o vínculo.

2. FORÇA MAIOR

2.1 Composição da cláusula

Hipótese e regime são os elementos constitutivos da cláusula. A primeira descreve um evento que pode se caracterizar como sendo de força maior. É a sua ocorrência que provoca a incidência do dispositivo contratual, produzindo os efeitos sistematizados no regime.

A noção clássica de força maior tem suas origens no direito romano, onde basicamente funcionava como exonatória da responsabilidade quando da impossibilidade do cumprimento, ligada à extinção da obrigação, por fato não imputável ao devedor.² Tomando este ponto de partida, os sistemas romano-germânicos desenvolveram o instituto, conservando-lhe, aproximadamente, a função original. A ocorrência da força maior na doutrina continental, especialmente a partir da influência do Código Civil Francês, caracteriza-se pelo concurso de 4 elementos: a imprevisibilidade, a inevitabilidade, a exterioridade com relação à vontade das partes e o efeito de tornar a execução impossível.³

Os eventos de força maior podem ser tanto fatos naturais (terremotos, inundações, furacões, epidemias, pragas de insetos etc.), fatos do príncipe⁴ (proibi-

2. Moreira Alves, 1986, pp. 49-52.

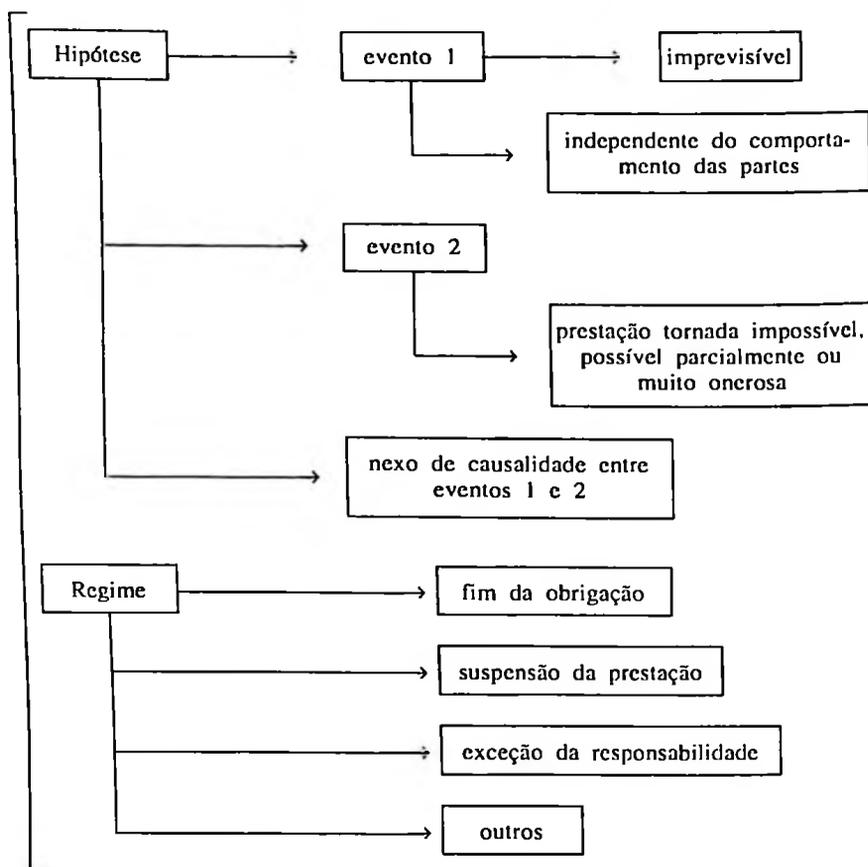
3. Fontaine, 1989, p. 213.

4. No âmbito dos contratos internacionais envolvendo pessoas jurídicas de direito público, notadamente agências estatais, a jurisprudência arbitral tem entendido muitas vezes que há uma separação entre estas e o Estado. Dessa forma elas podem alegar o fato do príncipe como evento de força maior (Draetta, 1988, pp. 48-49 e Sornarajah, 1988, pp. 111-112).

1. Para um estudo mais específico sobre estas cláusulas em comparação às de *hardship*, v. Van Camelbeke, 1984.

ções de importação ou exportação, proibição de remessa de divisas), fatos de terceiro indeterminado ou indeterminável⁵

(roubo, vandalismo etc.), entre os quais se destacam os distúrbios políticos e sociais (guerras, revoluções, greves, locaute etc.).⁶



O regime legal nos ordenamentos nacionais apresenta duas conseqüências, a exoneração da responsabilidade e a extinção da obrigação.

A redação das cláusulas contratuais de *force majeure* se inspira nas legislações internas, especialmente no tocante à

5. Cabe lembrar que quando o terceiro é determinado, então será ele o responsável pelo prejuízo.

estrutura destas, a qual, esquematicamente, pode ser visualizada no quadro acima.

Como se pode notar, incluímos algumas especificidades que não estão na maioria dos sistemas estatais, como a suspensão da prestação e atenuações com respeito ao elemento impossibilidade, frequentes nos contratos internacionais, como veremos a seguir.

6. Antunes Varela, 1978, pp. 70-72.

2.2 A prática da redação nos contratos internacionais

2.2.1 Hipótese

No momento da redação das cláusulas de *force majeure* nem sempre as partes se além à estrita caracterização da situação através da concorrência dos quatro elementos clássicos. Estes tanto podem ser omitidos, quanto atenuados. As omissões podem ser voluntárias, visando a ampliar o universo abrangido pela cláusula, ou simplesmente decorrer da inadvertência do redator.⁷ A atenuação, por sua vez, serve tão-somente para flexibilizar a aplicabilidade da cláusula, permitindo sua invocação em situações não tão extremas, como total impossibilidade e imprevisibilidade.

O mais freqüentemente omitido é a imprevisibilidade.⁸ Por exemplo:⁹

"Neste contrato *force majeure* significa qualquer ocorrência alheia ao controle das partes, impedindo ou retardando o seu adimplemento."¹⁰

"Em caso de superveniência de eventos independentes da vontade das partes

e de impossibilidade de execução total ou parcial por uma das partes e vinculadas pela presente convenção..."¹¹

A inevitabilidade também pode deixar de aparecer: "As partes contratantes estão eximidas das suas obrigações por deixar de cumprir total ou parcialmente com as suas responsabilidades no tocante aos termos de entrega, se esse não cumprimento for devido à *force majeure*. *Force majeure* diz respeito a todas as circunstâncias ocorridas após a assinatura do contrato e que resultem de qualquer evento de natureza excepcional que não pudesse ter sido previsto pelas partes contratantes quando da assinatura do contrato..."¹²

A atenuação da impossibilidade é bastante comum, p. ex.:

"Entende-se por *force majeure*... todo ato ou evento imprevisível, irresistível e independente da vontade das partes, tornando momentaneamente e humanamente impossível a execução das suas obrigações, ou de algumas delas."¹³

"Se qualquer das partes for impedida ou atrasada em implementar qualquer das provisões deste contrato em razão

7. Fontaine (1989, p. 213) apresenta um exemplo onde claramente houve esquecimento, pois a omissão foi do efeito do evento sobre a execução do contrato: "On entend par *force majeure* pour l'exécution du contrat tous les événements indépendents de la volonté des parties imprevisibles ou, si prévisibles, inévitables".

8. Na doutrina brasileira, p. ex., há quem faça a distinção entre o caso fortuito (imprevisível) e a força maior, que não tem esta característica (Antunes Varela, 1978, pp. 70-72, Gomes, 1961, pp. 158-161 e Wald, 1994, pp. 112-113). Há ainda outras distinções entre as duas figuras (Morcira Alves, 1986, pp. 49-52).

9. Fontaine, 1989, p. 213.

10. "In the Contract *force majeure* shall mean any occurrence outside the control of the parties preventing or delaying their performance of the contract."

11. "En cas de survenance d'évenements indépendents de la volonté des parties et d'impossibilité d'exécution totale ou partielle par une des parties engagées par la présente convention."

12. "The contracting parties are relieved of their obligations for partial or complete failure to comply with the contract liabilities with regard to the delivery terms if such failure is due to *force majeure*. *Force majeure* regards all circumstances occurred after the signature of the contract and as a result of any events of exceptional nature that could not have been anticipated by the contracting parties at the signature of the contract..."

13. "On entend par *force majeure*... tout acte ou événement imprévisible, irrésistible et indépendant de la volonté des parties rendant momentanément humainement impossible l'exécution de leurs obligations ou de certaines d'entre elles."

de (enumeração de eventos) por qualquer causa fora de seu controle, tornando impossível ou exorbitante de um ponto de vista industrial ou comercial o seu cumprimento das obrigações neste contrato..."¹⁴

Também há exemplos de atenuação da imprevisibilidade:

"Por *force majeure* devem ser compreendidos os eventos extraordinários, independentes da vontade das partes, que não pudessem ser previstos ou impedidos por elas, mesmo com a devida diligência, estando fora de seu controle e impedindo a parte ou as partes contratantes de cumprir com as obrigações assumidas neste contrato."¹⁵

Outra possibilidade aberta ao redator, no tocante à definição da hipótese, é a referência a fontes exteriores ao contrato.¹⁶ Primeiramente pode-se indicar a definição dada por uma Direito Nacional,¹⁷ que não necessariamente tem de ser o da lei aplicável ao contrato. Convenções internacionais, como as sobre compra e venda internacional de Haia (1964) e de Viena (1980), podem ser mencionadas, quanto às suas defini-

14. "If either party is prevented from or delayed in carrying out any of the provisions of this Agreement by reason of... (enumeração de eventos) of any cause beyond its control making it impossible or exorbitant from an industrial or commercial standpoint to perform its obligations hereunder..."

15. "By *force majeure* are to be meant extraordinary events independent of the Parties will that cannot be foreseen or averted by them even with due diligence, being beyond their control preventing the Contracting Party or Parties to come up his (their) obligation (s) undertaken in this Contract."

16. Fontaine, 1989, p. 215.

17. Como as leis nacionais alteram-se, então pode-se indicar tanto o sistema como um todo, suportando-se as modificações ou cristalizar a referência a um determinado texto legal, ou seja, mesmo que a lei mude, continua valendo a anterior para a definição pretendida.

ções de força maior. Ainda a prática internacional é utilizada, incluindo-se no contrato enunciados tais como *internationally regarded as force majeure* ou *generally recognized as force majeure*, nem sempre recomendáveis devido à sua vagueza, ou referentes ao que a jurisprudência arbitral da CCI entende por força maior.¹⁸ Existem também as cláusulas-modelo propostas pela CCI (pub. 421/85).

São encontráveis na prática cláusulas que atribuem às próprias partes ou um terceiro, que pode ser um árbitro, o poder de decidir se determinada situação constitui ou não um evento de força maior. Essas formulações não são recomendáveis, pois podem levar a equívocos pela sua própria falta de precisão, p. ex.:

"Se qualquer das partes for impedida de cumprir suas obrigações contratuais em casos de *force majeure* tais quais... (enumeração de eventos)... ou por outras causas que possam ser reconhecidas por ambas as partes como sendo de *force majeure* por estarem fora de seu controle..."¹⁹

"Os casos de força maior são... (enumeração de eventos)..., bem como os outros casos a serem determinados por arbitragem como caso de força maior."²⁰

As enumerações são constantes, geralmente exemplificativas e não taxativas. Os cataclismas naturais (furacões, incêndios, secas etc.) são os mais cita-

18. Draetta, 1988, p. 42.

19. "If either of the parties be prevented from performing its obligations under the contract by such cases of *force majeure* as... (enumeração de eventos)... or by other causes which can be recognized by both parties as being cases of *force majeure* for being beyond their control..."

20. "Les cas de *force majeure* sont... (enumeração de eventos)..., ainsi que les autres cas à déterminer par l'arbitrage comme cas de *force majeure*."

dos, seguidos pelos distúrbios políticos e sociais (guerras, revoluções, greves etc.) e pelos fatos do príncipe (proibição de importação e exportações, restrições do uso de energia etc.).²¹

2.2.2 Regime

No regime, as cláusulas contratuais de força maior também inovam. Se classicamente a extinção da obrigação é o efeito principal da ocorrência do evento, a prática, tendente a conservar as relações, opta normalmente pela previsão da suspensão da execução até que esta volte a ser possível, ou caso isso não chegue a ocorrer em um prazo razoável, extingue-se a obrigação.²² A previsão da suspensão pode ser inclusive muito sofisticada, abarcando o prazo da suspensão, a possibilidade ou não de prorrogação deste, bem como a qual parte cabe decidir sobre esta.²³

Por outro lado, a invocação da cláusula de força maior depende do cumprimento dos deveres de informar e justificar pela parte interessada, normalmente previstas negocialmente, posto que ausentes de muitos sistemas jurídicos estatais, p. ex.:

“A parte que invoca um caso de força maior deverá endereçar imediatamente uma notificação expressa à outra parte.”²⁴

“As provas oficiais do caso mencionado serão... fornecidas dentro de 30 dias a contar da data de notificação do caso de *force majeure*, ao mesmo tempo que uma indicação sumária das conse-

quências possíveis sobre as condições de entrega.”²⁵

O dever de informar sobre o fim das circunstâncias que impedem o adimplemento também surge com frequência.

As sanções à falta ou atraso no cumprimento do dever de notificar ou comprovar a ocorrência do evento vão desde a responsabilização do devedor por perdas e danos decorrentes do atraso até a própria perda do direito de invocar a força maior, o que não é raro na prática dos contratos internacionais comerciais.²⁶

Outro dever comumente ligado a estas cláusulas é o de empenhar o máximo esforço para superar a força maior. Pode ser prevista a sanção de responsabilidade por perdas e danos, p. ex.:

“As partes exercerão todas as diligências necessárias para minimizar a extensão do impedimento ou do atraso no adimplemento geral do contrato.”²⁷

Embora a suspensão seja a medida mais adequada a muitos contratos, será possivelmente prejudicial quando se estender por períodos muito longos. A fim de evitar tal problema, bem como um impasse nos casos em que a execução tornou-se definitivamente impossível ou ainda quando não haja solução através da renegociação, pode-se prever a possibilidade de resilição do contrato, que pode ser unilateral ou bilateral, p. ex.: “Se o atraso na entrega do equipamento de instalação por razões de *force*

25. “Les preuves officielles du cas signalé seront... fournies dans les 30 jours à compter de la date de notification du cas de “force majeure”, en même temps qu’une indication sommaire des conséquences possibles sur les conditions de livraison.”

26. Fontaine, 1989, pp. 224-225.

27. “Parties shall exercise all due diligences to minimize the extent of the prevention or delay in the performance of the contract generally.”

21. Fontaine, 1989, p. 219.

22. Tem-se utilizado, cada vez mais, a renegociação prevista para o caso de ocorrência do evento, o que aproxima as cláusulas de força maior das de *hardship*.

23. Fontaine, 1989, 227.

24. “La partie qui invoque un cas de *force majeure* devra aussitôt adresser une notification expresse à l’autre partie.”

majeure ultrapassar 6 meses, o comprador terá o direito de anular (*sic*) o contrato..."²⁸

A liquidação, que às vezes é necessária nos casos de resilição, é raramente referida nas cláusulas de *force majeure*. Ela pode ter um regime específico, p. ex.: "O vendedor se obriga, neste caso, a remeter ao comprador todos os desenhos (compreendidos aqui os desenhos de execução) e toda a documentação técnica necessária à fabricação da parte do equipamento não entregue, para completar a instalação."²⁹

Ou então se remete ao regime da resilição, ou, finalmente, prevê arbitragem, p. ex.: "Neste caso o montante devido entre as partes será decidido de acordo com o item "Extinção"."³⁰

3. "HARDSHIP"

3.1 Composição da cláusula

A estrutura das cláusulas de *hardship* é basicamente a mesma das de *force majeure*, como descritas no item 1.1.

Ao contrário daquelas, estas têm seu conteúdo inspirado nas teorias da cláusula *rebus sic stantibus* e outras conexas.

Os romanos não conheciam a figura da *rebus sic stantibus*, que embora de origem incerta, pode ser atribuída genericamente aos canonistas e pós-glosadores dos sécs. XIV a XVI.³¹ Considerada

28. "Si le retard de livraison de l'équipement de l'installation pour des raisons de force majeure dépasse six mois, l'acheteur a le droit d'annuler (*sic*) le contract..."

29. "Le Vendeur s'engage, dans ce cas, à remettre à l'acheteur tous les dessins (y compris les dessins d'exécution) et toute la documentation technique nécessaire à la fabrication de la partie d'équipement non livré, pour compléter l'installation."

30. "In which case the amounts due as between the parties shall be settled in accordance with Article "Termination"."

31. Bessone, 1987, pp. 275-291.

como uma cláusula implícita aos contratos de longa duração e trato sucessivo,³² funcionava sempre que as circunstâncias fossem alteradas de forma aguda e imprevista.

Criticou-se muito esta teoria, especialmente a partir da instalação do direito liberal, para o qual predominava o princípio da intangibilidade dos contratos, essencial à segurança das relações no mercado. Nesse sentido o art. 1.134 do CC Francês, que consagrou este princípio, foi muito influente e pacificamente aceito.

Windsheid, em meados do séc. XIX, desenvolveu a teoria da *Voraussetzung* (pressuposição), que considerava haver nos contratos a longo prazo uma condição implícita.³³ A pressuposição se refere àquela feita por um dos contratantes sobre circunstâncias futuras, sem as quais não teria contratado.

Esta teoria foi duramente castigada por críticas, como a de Lenel, que apresentou a dificuldade de diferenciar a pressuposição do erro nos motivos e o fato de que poderia conduzir a situações injustas.³⁴

Örtmann, em 1921, lançou a teoria do perecimento da base do negócio jurídico (*Wegfall der Geschaefstgrundlage*), que prosperou especialmente na Alemanha porque esta vivia um período de grave crise inflacionária, o que atacava a estabilidade — e a equidade — das relações negociais. O fundamento da teoria é o de que há circunstâncias sobre as quais repousa o negócio, base negocial, que são as "... representações mentais comuns a ambas as partes (ou reconhecidas e não

32. Sua redação: "Contractus qui habent tractum succesivum et dependentiam de futuro rebus sic stantibus intelliguntor", Bessone, 1987, p. 275.

33. Antunes Varela, 1978, p. 90 e Bessone, 1987, p. 277.

34. Antunes Varela, 1978, p. 90.

contestadas) nas quais se funda a decisão de contratar”.³⁵

A doutrina alemã do segundo pós-guerra criticou a construção de Örtmann, com vistas a corrigir os seus termos. Começou-se a utilizar critérios adicionais, como a boa-fé e a equidade, basicamente atribuindo-se ao juiz no caso concreto a definição de quais representações frustradas das partes são relevantes. O casuísmo de tal solução foi, como era de se esperar, criticado pela doutrina, notadamente por Lehmann e Larenz.

Lehmann considerava essencial a conjugação de 3 requisitos: reconhecimento pelas partes da importância das circunstâncias; certeza da ocorrência de certas circunstâncias, que faria parecer desnecessária a inclusão de uma condição; e a convicção de que tal condição seria aceita pela outra parte.³⁶ Esta teoria ainda é puramente subjetivista.

A utilização de outros critérios de apreciação, como a boa-fé e a equidade, já havia introduzido elementos alheios à vontade das partes. A tendência a afastar-se das teorias subjetivistas conduziu, na doutrina alemã, à concepção de Larenz, para quem existe uma base negocial objetiva, cujo perecimento se caracteriza pela destruição da equivalência, o que se aproxima da tese da excessiva onerosidade, ou frustração do fim contratual, e outra subjetiva, com fundamento no erro bilateral, aproximadamente como em Lehmann.

A teoria da imprevisão e da excessiva onerosidade tornaram-se predominantes, muitas vezes consagradas pelos direitos positivos (como a Lei Failliot (1915), restrita temporalmente, e na Itália o Decreto Régio de 30.3.42, que reformou o Código Civil). Entre nós, Orlando Gomes (1989) e Arnoldo Wald (1994)

tomam por base a onerosidade excessiva qualificada pela imprevisibilidade.

É exatamente com base nestes últimos critérios que se redigem as cláusulas de *hardship*, mesmo porque estas expressam a vontade das partes. Porém enquanto as teorias supradefendem a extinção do vínculo *ex nunc*, as cláusulas usualmente implementam um regime de renegociação.

3.2 A prática da redação nos contratos internacionais

3.2.1 Hipótese

Um preâmbulo explicativo das finalidades da cláusula pode surgir antes da hipótese, com o escopo de facilitar sua interpretação. Em geral, esta segue duas concepções, uma baseada simplesmente no equilíbrio e outra que toma também em conta a lealdade das partes contratantes.

As hipóteses das cláusulas de *hardship* normalmente se referem, não a um evento excepcional, mas às circunstâncias (evento 1 do quadro do item 1.1) qualificadas pelas conseqüências (evento 2 do quadro) que estas possam produzir sobre a economia do contrato, p. ex.: “Se, em seguida as circunstâncias de ordem econômica ou comercial supervenientes após a assinatura do contrato e fora das previsões normais das partes (circunstâncias) a economia das relações contratuais venham a ser modificadas a ponto de tornarem a execução de suas prestações prejudicial para uma das partes (conseqüências)...”³⁷

37. “Si par suite de circonstances d'ordre économique ou commercial survenant après la signature du contract et en dehors des prévisions normales des parties (circunstâncias) l'économie des rapports contractuels venais à être modifiée au point de rendre préjudiciable pour l'une des parties l'exécution de ses obligations (conseqüências)...”

35. Antunes Varela, 1978, p. 95 e Puelinckx, 1986, pp. 59-61.

36. Antunes Varela, 1978, p. 98.

A mudança das circunstâncias, que às vezes é qualificada pela substancialidade, relativas ao contrato, vem expressa de formas diversas:

“No caso em que a situação econômica ou monetária sofra modificações...”³⁸

“Se houver a ocorrência de um evento interveniente ou mudança de circunstâncias...”³⁹

As mudanças devem ser imprevisíveis no momento da formação do contrato, o que distingue estas cláusulas de outras, como as de revisão ou indexação. Essa característica vem, algumas vezes, expressa nos dispositivos contratuais:

“Circunstâncias fora das previsões normais das partes...”⁴⁰

“Em caso de superveniência de eventos econômicos imprevisíveis...”⁴¹

O critério da imprevisibilidade pode ser substituído — ou acrescido — pelo da inevitabilidade: “Um evento interveniente ou mudança de circunstâncias fora do referido controle da parte, agindo como um operador prudente e razoável...”⁴²

Apesar de serem encontráveis cláusulas que definem as circunstâncias de maneira abrangente e vaga, a maioria delas adota uma definição mais específica, mesmo porque as primeiras dão margem à arbitrariedade de umas das partes, ou seja: àquela que tem o poder de invocá-las, determinando assim suas fronteiras.

38. “Dans les cas ou la situation économique ou monétaire subirait des modifications...”

39. “If there is the occurrence of an intervening event or change of circumstances...”

40. “Des circonstances an dehors des prévisions normales des parties...”

41. “En cas de survenance d'événements économiques imprévisibles...”

42. “An intervening event or change of circumstances beyond said parties control when acting as a reasonable and prudent operator.”

Pode-se recorrer, na redação destas cláusulas, à especificação de circunstâncias consideradas de *hardship*. Outra possibilidade é a de expressamente excluir determinadas situações, p. ex., respectivamente:

“Se devido a mudanças de circunstâncias tais como, mudanças de valores monetários ou regulações ou ações governamentais discriminatórias ou tarifas aduaneiras diferenciadas...”⁴³

“Não obstante o efeito de outras provisões exoneratórias ou de ajuste deste contrato...”⁴⁴

Um segundo elemento da hipótese, como já foi visto, é a consequência, sendo que aquela só se completa se a circunstância descrita tiver como efeito o desequilíbrio do sinalagma.

Algumas utilizam critérios objetivos (prejuízo material exagerado, ruptura da economia do contrato etc.), outras, subjetivos (iniqüidade, injustiça etc.), p. ex., respectivamente:

“Prejuízo substancial ou desproporcional a qualquer das partes...”⁴⁵

“Injustiça ou prejuízo substancial e desproporcional ao interesse de cada...”⁴⁶

Algumas vezes se opta pela referência a consequências específicas: “Se as condições do mercado tornaram-se tais que o preço de venda se revele inferior a... (cifras)...”⁴⁷

43. “If owing to changed circumstances such as changes in monetary values or discriminatory Governmental action or regulations or differential customs duties...”

44. “Not with standing the effect of the other relieving or adjusting provisions of this Agreement...”

45. “Substantial or disproportionate prejudice to either party.”

46. “Unfairness or substantial and disproportionate prejudice to the interest of either...”

47. “Si les conditions du marché devenaient telles que le prix de vente se révélait inférieur à... (cifras)...”

Um tema também importante e difícil que pode ser tratado pelo redator é a constatação da verificação da hipótese. Algumas cláusulas apresentam procedimentos sofisticados para tal fim, os quais, por vezes, remetem a constatação à arbitragem. A importância de uma previsão específica visa a evitar que a parte prejudicada pela invocação do *hardship* se recuse a renegociar os termos contratuais.

“A parte (prejudicada)... pode, através de notificação, requisitar a outra para uma reunião para determinar se a referida ocorrência realizou-se... Se o vendedor e o comprador não se puserem de acordo... dentro de 60 dias... qualquer parte pode requerer que a questão seja submetida à arbitragem... Os árbitros determinarão se a supramencionada ocorrência aconteceu...”⁴⁸

3.2.2 Regime

As previsões de conseqüências nas cláusulas de *hardship* são geralmente construídas em torno da transformação dos termos do negócio, via renegociação do contrato. Muitas vezes adotam-se critérios objetivos (reportando-se ao restabelecimento do equilíbrio, p. ex.) ou subjetivos (como boa-fé e lealdade), norteadores dessa revisão.

“Qualquer das partes terá o direito de requerer renegociações...”⁴⁹

“... de modo a recolocar as partes numa posição de equilíbrio comparável

àquele que existia no momento da conclusão do presente contrato.”⁵⁰

“... de boa-fé...”⁵¹

“... apropriado e equânime nas circunstâncias.”⁵²

Os critérios subjetivos e objetivos podem se combinar: “... com justiça e sem prejuízos substanciais e desproporcionais ao interesse de cada...”⁵³

No comércio internacional é regra que as partes atuem de boa-fé, o que faz da renegociação um bom meio de manter o vínculo entre elas, afastando situações injustas ou até mesmo insuportáveis. Porém nem sempre a renegociação chega a se realizar, como, p. ex., quando as circunstâncias que constituem o *hardship* deixam de existir e, o que pode ser expressamente acordado, são mantidos os termos iniciais.

Pode acontecer, mesmo quando as partes buscam, de boa-fé, uma solução, que não se consiga chegar a um acordo. Por isso pode ser interessante prever meios de afastar o impasse. O recurso à arbitragem⁵⁴ ou a resolução do contrato

50. “De façon à replacer les parties dans une position d'équilibre comparable à celle qui existait au moment de la conclusion du présent contrat.”

51. “... nach Treu und Glauben...”

52. “... appropriate and equitable in the circumstances.”

53. “... with fairness and without substantial and disproportionate prejudice to the interests of either...”

54. Aqui, de fato, não se trata de arbitragem, como ensina Leães (1989, p. 243): “Ora, lavra grande dúvida no direito comparado a respeito da qualificação desse “terceiro”, assim como a natureza da sua intervenção nos negócios jurídicos — dúvida que se reflete inclusive nas hesitações terminológicas: árbitros ou não? (...) a função jurisdicional — o árbitro assimilado ao juiz togado — é absolutamente incompatível com a modificação das estipulações contratuais, na medida em que esse poder criador de novos negócios jurídicos (e a reformulação dos contratos tem esse

48. “The (prejudiced) party... may by notice request the other for a meeting to determine if said occurrence has happened... If the seller and the buyer have not agreed... within sixty days... either party may require the matter to be submitted for arbitration... The arbitrators shall determine whether the aforesaid occurrence has happened...”

49. “Either party shall have the right to ask for renegotiations...”

são soluções que podem ser previstas nas próprias cláusulas. Sua utilização ocorre, normalmente, após o decurso de um prazo estipulado, ou com o consenso das partes.

“Se (as partes) não chegarem a um acordo dentro de um prazo razoável, qualquer uma delas poderá invocar a resolução do contrato ou da parte não entregue da encomenda, sem indenização.”⁵⁵

“A questão será remetida para decisão a três *referees*. Todos estes *referees* estarão designados para atuar como *experts* e não como árbitros.”⁵⁶

Um aspecto relevante deve ser considerado: qual o destino do contrato durante a renegociação? Parece haver duas soluções possíveis, que são a suspensão e a continuidade dos efeitos contratuais originais, que podem ser parciais: suspende-se a entrega, mas não o pagamento, ou suspende-se parte da entrega e do pagamento.

4. COMPARAÇÃO

Apesar de existir uma distinção doutrinária entre essas duas cláusulas, a prática da redação dos contratos tem aproximado os dois conceitos, tanto no que se refere à hipótese quanto no tocante ao regime estabelecido pela cláusula.

Assim, é comum encontrarem-se cláusulas que descrevem como hipóteses de *force majeure* situações nas quais a

sentido) não se afeiçoa com o caráter judicante da atividade arbitral.”

55. “Si (les parties) ne parviennent pas à un accord dans un délai raisonnable, chacune d’elles pourra invoquer la résiliation du contrat ou de la partie non livrée de la commande, le tout sans indemnité.”

56. “The matter shall be referred for decision to three referees. All such referees shall be deemed to be acting as experts and not as arbitrators...”

prestação não se tornou impossível, mas apenas excessivamente onerosa a uma das partes, o que pela distinção conceitual é a hipótese própria da cláusula de *hardship*. Por outro lado, apesar do efeito característico das cláusulas de *force majeure* ser a suspensão da prestação e, num momento posterior, a rescisão do contrato com a exoneração da responsabilidade do devedor, algumas delas prevêem um regime de renegociação.

Como já vimos, existem cláusulas modelo de *force majeure* e de *hardship* (CCI, pub. 421/85), porém a adoção das mesmas nem sempre é recomendável, já que estas devem ser redigidas de acordo com as peculiaridades do contrato e em compatibilidade com a lei aplicável. Desta forma, não seriam tais cláusulas admissíveis como paradigmáticas *a priori* para a caracterização das categorias a que se referem.

Cabe, por outro lado, lembrar que a distinção doutrinária apresenta 2 critérios de classificação, sem fixar hierarquia quanto a eles. Uma cláusula que descreve na hipótese a excessiva onerosidade, mas não prevê renegociação, é ou não de *hardship*? As características devem estar presentes concomitantemente? Uma característica predominaria sobre a outra? Qual?

Especificamente quanto ao direito brasileiro não há previsão normativa que se aproveite da distinção. Como resultado de incluir determinada cláusula em uma das categorias não ocorre a incidência de nenhuma norma.

Levando em conta tais dificuldades, todavia, uma tentativa de distinção e classificação serve como um importante recurso didático e, eventualmente, pode auxiliar na interpretação.

5. LOCALIZAÇÃO DO TEMA: ESTIPULAÇÃO CONTRATUAL

Embora muitos sintam-se tentados a tratar o tema das cláusulas de *force*

majeure e *hardship* correlacionando-o à disciplina que lhe dão os direitos nacionais, cabe sublinhar que aquelas são estipulações contratuais, fundadas na autonomia da vontade. Por isso a chave para a interpretação e para a aplicação dessas cláusulas está na sua própria redação, sendo basicamente uma questão de interpretação contratual. Quais são as situações que as partes descreveram no contrato como hipóteses de força maior? A intenção delas era a de aplicar a cláusula apenas quando a prestação se tornasse absolutamente impossível, em decorrência de um evento imprevisível, inevitável e alheio à sua vontade? Ou, ao contrário, elas desejaram a sua aplicação em situações menos extremas?

Enfim, quanto mais elaborada e completa for a redação da cláusula, menor será a necessidade do intérprete de se socorrer dos conceitos doutrinários da lei aplicável ao contrato, e também menor será o perigo de o juiz ou do árbitro interpretar um conceito de força maior, imprevisão, impossibilidade, *frustration* ou outro, conforme as características que o seu direito nacional atribua a este. Essa independência da cláusula com relação aos direitos nacionais, inclusive, permite a alguns atribuir o seu desenvolvimento à *lex mercatoria*.⁵⁷

Um aspecto que cabe ressaltar é que a presença destas cláusulas, permitindo transformações nos termos do contrato, ao longo de sua execução, afasta a concepção do contrato como algo intangível, definitivo, ponto de equilíbrio entre interesses opostos. A noção se

flexibiliza, no que pode ser vista uma influência da *lex mercatoria*, privilegiando a relação contratual como o lugar de manifestação do interesse comum das partes ligadas por longo termo, ou seja, passa-se a lidar com um contrato evolutivo.⁵⁸

Por outro lado o tratamento completo das alterações de circunstâncias no âmbito da execução do contrato justifica-se também em função da diferença dos pressupostos que embasam os conceitos legais nas diferentes legislações. Com efeito, estes têm tratamento e base teórica muito diferentes, não apenas nas duas grandes famílias da *common* e da *civil law*, mas mesmo dentro delas, nos diferentes sistemas jurídicos nacionais. O cuidado com este aspecto confere aos redatores dos contratos internacionais uma responsabilidade adicional.

Considerando que o contrato possa vir a ser apreciado por uma jurisdição, quer judiciária, quer arbitral, vinculada a um direito ou a um sistema que defina um determinado termo diferentemente do desejado pelas partes, é importante indicar claramente ao intérprete. Mesmo que o contrato não grave acima das legislações nacionais só por conter uma boa cláusula de distribuição de riscos e responsabilidades, se ela for bem redigida a ponto de escapar das ambigüidades conceituais dos termos de que se utiliza com relação à lei aplicável à relação ou à jurisdição competente, pode-se poupar as partes de surpresas desagradáveis, de verem o contrato ser interpretado de uma maneira diferente do que era sua intenção.

6. DIREITO COMPARADO

6.1 “Common Law”

O direito inglês e a *common law* de maneira geral não trabalham com o

57. Draetta, 1988, p. 37, aponta essa identificação: “Lo sviluppo di tale prassi è stato talmente evidente che proprio sulla base delle clausole di “force majeure”, insieme a quelle di “hardship” ...la dottrina ha cominciato a parlare di sviluppi transnazionali del diritto dei contratti internazionali, in chiave, quindi, di “lex mercatoria”.”

58. Neste sentido Fontaine, 1989, p. 279.

conceito de força maior, ou mesmo de imprevisão, no sentido dado pelos direitos de tradição continental. O instituto legal pelo qual se pode rescindir um contrato em virtude das alterações das circunstâncias em que este foi concluído é o da *frustration*.

Enquanto a força maior é compreendida como a situação na qual a prestação devida se torna impossível em virtude de evento irresistível, imprevisível e alheio à vontade das partes, a *frustration* poderia ser definida como uma situação em que, nas circunstâncias atuais e por razões alheias à falta das partes, o cumprimento de uma obrigação contratual resultaria em algo radicalmente diferente do que era desejado por estas.⁵⁹ Vale dizer, busca-se a intenção das partes quando contrataram, e a constatação de que mesmo que a prestação fosse cumprida, essa intenção não estaria mais sendo satisfeita, é razão para que qualquer delas invoque que o contrato se frustrou e requeira a sua rescisão.

Duas diferenças fundamentais entre estes dois conceitos podem ser extraídas:⁶⁰

1) A primeira é a de que uma situação de força maior só pode ser

invocada pela parte inadimplente, pedindo a exoneração de sua responsabilidade, enquanto a *frustration* pode ser invocada por qualquer das partes;

2) A outra é a de que uma situação de força maior pode ser aplicada no caso do inadimplemento parcial de um contrato quando uma das suas prestações torna-se impossível, a *frustration*, por sua vez, implica a resolução do contrato na sua totalidade. Com efeito, a interpretação dos casos pela *common law* é inflexível, pode-se falar em um *black or white approach*,⁶¹ ou seja: ou o obstáculo ao adimplemento é permanente e o contrato é extinto, ou é temporário e a impossibilidade não gera efeito algum no sentido da exoneração da responsabilidade do inadimplente pelo atraso.

Essa incapacidade da *common law* de tratar a impossibilidade parcial, atribuindo a qualquer falha o efeito radical da extinção do contrato, pode ser apontada como uma razão do desenvolvimento da prática das cláusulas de força maior como um instrumento de preservação do contrato nos países vinculados ao direito anglo-americano.

Existe uma disciplina legal da *frustration* no direito inglês, que é o *Frustrated Contract Act*, de 1943. Basicamente trata das despesas incorridas antes da rescisão de um contrato com base na *frustration*. Essa lei é de caráter dispositivo, podendo ser afastada pelas partes, mas o que é interessante é que o tribunal deve aplicá-la apenas na medida em que seja consistente com as demais provisões contratuais. Assim, os contratantes podem, a seu critério, disciplinar a questão do inadimplemento. Até mesmo as bases da força maior podem ser utilizadas, dependendo da clareza da disposição negocial.

59. Puelinckx, 1986, p. 50 e Strenger, 1991, p. 255, que transcreve a definição dada pelo Juiz da "Royal Court of Justice", Robert Goff: "But the main legal qualification of our doctrine of absolute contracts is the doctrine of frustration. Now, frustration in English law means simply this: that when — after the contract has been made — some catastrophic supervening event occurs, which makes the performance of the contract radically different from what was contemplated when the contract was made, then the contractual adventure is said to be frustrated; and then the whole contract is determined. The contract comes to an end, and both parties are relieved from any duty or further performance."

60. A este respeito veja-se Barry, 1979.

61. Barry, 1979, p. 236.

6.2 “Civil Law”

6.2.1 Direito Francês

No direito francês, destacam-se duas figuras: a força maior e a imprevisão. A primeira caracteriza-se pela concorrência dos elementos supracitados⁶² e, mais, que o devedor não esteja em mora. A segunda quando as condições econômicas do contrato se desestabilizam de uma maneira radical, tornando-o muito oneroso para uma das partes.

A aplicação de ambas as figuras pela jurisprudência francesa é restrita, em virtude do destaque que é dado ao princípio do *pacta sunt servanda*. Permissão expressa, já contratual, já legal, é necessária para que o órgão judicante possa adaptar um contrato ou ordenar sua não execução.⁶³ Quanto à imprevisão, sem embargo, as cortes administrativas costumam concordar em ajustar os termos do contrato, sob o argumento da defesa do interesse do serviço público na continuidade do negócio.

6.2.2 Direito Alemão

Na Alemanha a questão é tratada com maior flexibilidade. A figura da *Unmoeglichkeit* (impossibilidade) como um motivo de exoneração da responsabilidade do devedor⁶⁴ é semelhante à noção de força maior no direito francês. Após a I Guerra Mundial o conceito de impossibilidade passou a abranger, além da física, a econômica, evoluindo para as doutrinas da *Unzumutbarkeit* (inexigibilidade) e *Opfergrenze* (limite do sacrifício), que entendem haver um limite além do qual é injusto exigir o esforço de uma das partes para o cumprimento da prestação.

A teoria da *Wegfall der Geschaeftsgrundlage* (periclitamento da base do negócio) é a predominante atualmente. O juiz tem a função de completar o contrato e alterar os seus termos a partir da interpretação da intenção das partes quando contrataram e das mudanças que ocorreram no ambiente desde então.⁶⁵

6.3 Direito Japonês

A flexibilidade do direito alemão é superada pelo direito japonês. Não existe aí nenhum estatuto formal regendo a matéria, nem há previsões a seu respeito no CC Japonês.

A maneira com que se trata esta matéria depende, em grande parte, da absorção de institutos alemães e franceses após a II Guerra Mundial. No caso, importou-se a flexibilidade germânica na adaptação dos contratos.

O juiz enfrenta a questão de se estar diante de um caso de impossibilidade ou de alteração de circunstâncias. Na primeira situação o contrato é extinto, na segunda ele deve ser adaptado em bases de equidade e boa-fé.

Na adaptação, 4 condições devem concorrer, caracterizando a alteração de circunstâncias no caso concreto, com a finalidade de proteção da boa-fé: a) que a alteração das circunstâncias originais seja substancial; b) que essa alteração não pudesse ser prevista, pelo menos em termos razoáveis, pelas partes; c) que a alteração não possa ser imputada a qualquer delas; e d) que a execução ou continuidade das obrigações originais viole a equidade e a boa-fé.⁶⁶

7. ARBITRAGEM

A arbitragem, no âmbito das cláusulas de *force majeure* e *hardship*, pode

62. Art. 1.148 do CC Francês.

63. Puelinckx, 1986, p. 55.

64. BGB, seção 275.

65. Puelinckx, 1986, pp. 59-61.

66. Puelinckx, 1986, pp. 61-65.

estar ou não prevista no contrato. Mesmo à falta de estipulação nada impede que as partes, diante de uma controvérsia qualquer, designem um árbitro ou uma câmara arbitral para resolver a pendência.

Todavia, supondo que o contrato contenha uma cláusula de *force majeure* ou de *hardship* com menção à arbitragem, vale notar que o regime destas, a princípio, pode ser independente daquele estabelecido pela cláusula arbitral do contrato.

7.1 Funções

Nesse contexto os árbitros podem ser chamados a desempenhar diferentes funções, destacadamente:

1. Declaração da ocorrência da hipótese. Quando há controvérsia sobre sua realização. Neste caso, à falta de uma estipulação na própria cláusula exoneratória, pode-se utilizar simplesmente a cláusula arbitral geral;

2. Constituição da hipótese. Isso ocorre quando houver previsão de que se está diante de uma situação de força maior ou *hardship* apenas se o árbitro ou tribunal arbitral afirmarem que a situação realmente se configura como tal, através da emissão de um certificado.⁶⁷ Para cumprir essa função é necessária uma autorização especial, não bastando a cláusula arbitral geral;

3. Aplicação do regime. Quando os árbitros decidem sobre quais e em que

67. Melis, p. 215: "... contract stipulations (...) that a determined event will be recognized as "force majeure" when a Chamber of Commerce or a similar organization issues a "Force Majeure Certificate" (...) They (the parties) are often subsequently surprised and disappointed to learn through a decision of an arbitration court that a Chamber of Commerce or other body can only certify that a specific event has taken place but that the arbitrators are bound to the qualifications of the applicable law."

momentos tópicos do regime devem ser aplicados;

4. Adaptação do contrato. Depende de autorização específica;⁶⁸

5. Conciliação entre as partes (ação como *amiable compositeur*).

Vale ressaltar que se pode encontrar cláusulas que combinem essas duas últimas funções, prevendo que o árbitro atue num primeiro momento como conciliador e, frustrada esta tentativa, decidindo pelas partes.⁶⁹

A questão da adaptação é das mais espinhosas. Em vários sistemas jurídicos os árbitros só podem ser chamados a solucionar uma questão de direito. Eles não podem se substituir às partes em questões negociais.⁷⁰

O problema de ter a decisão arbitral um caráter de mera recomendação às partes ou de ser impositivo é igualmente recomendação às partes ou de ser impositivo é igualmente pertinente. Uma sentença arbitral em matéria de caráter jurídico pode ter execução forçada, mas conclusões de um terceiro sobre a adaptação não serão suscetíveis de apreciação pelo judiciário? Isso depende tanto das disposições contratuais quanto da lei aplicável ao contrato.

Buscando maior uniformidade, a CCI adotou a pub. 326/78, tratando da adaptação de contratos, a qual prevê duas cláusulas modelo, uma incumbindo o árbitro de formular uma recomendação

68. No direito brasileiro a figura jurídica seria a do mandato com poder de representação. Isso implica que a procuração pode ser revogada a qualquer instante, sendo que a irrevogabilidade se resolve em perdas e danos (Gomes, 1989, pp. 387-400).

69. Ullmann, 1988, pp. 889 e ss., apresenta o funcionamento da adaptação nos tribunais americanos. Esclarece o autor que o dever de negociar de boa-fé das partes é passível de execução específica, mas caso estas não cheguem a bom termo, então o juiz pode adaptar o contrato.

70. Leães, 1989, pp. 239-245.

às partes e outra dando-lhe a prerrogativa de decidir em seu nome.⁷¹

7.2 Jurisprudência arbitral

As tendências da jurisprudência arbitral⁷² se caracterizam por uma aplicação restritiva das cláusulas de força maior e de adaptação. Os órgãos aplicadores enfatizam, na interpretação dos contratos, os valores da segurança e da previsibilidade. Isso, porém, sem prejuízo do esforço para a manutenção da relação contratual. Isso se revela com a renegociação a partir de sentenças arbitrais, mesmo quando não exista no contrato cláusula que a preveja.⁷³

Nesse sentido pode-se fazer um paralelo entre a crescente flexibilidade no reconhecimento de situações de força maior ou de alteração substancial de circunstâncias pela prática da redação dos contratos e a resistência dos árbitros em ampliar a aplicação destes conceitos além da previsão das partes.⁷⁴ Essas tendências, mais do que contraditórias, são complementares, pois na medida em que as decisões tendem a interpretar restritivamente os contratos, estes devem buscar a máxima precisão.

Ilustrativo, a esse respeito, é o caso 2.546, julgado pela CCI,⁷⁵ no qual um exportador israelense de matérias-primas interrompeu o fornecimento para o comprador austríaco quando da Guerra do Yom Kippur, em outubro de 1973, e invocou força maior tendo em vista o fato de a sua fábrica ter permanecido fechada até março de 1974 e que o sistema de transporte em Israel estava

transtornado. Além disso, ele invocou a *frustration* do contrato, já que o fornecimento de matéria-prima após a guerra, nos termos acordados, não tinha mais interesse econômico para ele. A CCI recusou a argumentação em toda a linha. Em primeiro lugar porque, após março de 1974, já não havia provas de que o cumprimento da obrigação era impossível. Além disso a Câmara entendeu que, se após um período razoável a prestação deixa de ser impossível, esta deve ser cumprida. O árbitro, na Inglaterra e decidindo de acordo com a lei inglesa, entendeu ainda que não havia razão para a invocação da teoria da *frustration* no âmbito de um contrato que continha uma cláusula de força maior⁷⁶ muito bem articulada, o que confirma o entendimento de que os comerciantes têm consciência dos que deixarem de prever no contrato.

No campo da avaliação de eventos que constituem força maior podemos mencionar a sentença CCI 1.782, de 1973, a qual não considerou como um deles as disposições de alguns países árabes relativas ao boicote a Israel. A solicitação da parte era no sentido de afastar a obrigação de prover a manutenção dos produtos fornecidos, pois o técnico encarregado, israelense, não poderia ingressar no território do país onde o serviço seria executado. O entendimento dos árbitros foi de que tal situação não era irresistível e, tampouco, imprevisível.⁷⁷

7.3 Conclusão

A arbitragem tem sido cada vez mais utilizada como meio de solução de

71. Fontaine, 1989, p. 282 e Leães, 1988, p. 242.

72. Tomamos como base decisões da CCI mencionadas por Melis, 1984, pp. 217-221 e Draetta, 1989, pp. 48-51.

73. Sornarajah, 1988, pp. 111-112.

74. Draetta, 1988, pp. 50.

75. Melis, 1984, pp. 217-218.

76. Idem, citando parte do laudo: "My reasons for rejecting this submission were first, that there is a little room for the doctrine of frustration to operate when a contract already has an elaborate "force majeure" clause: ...".

77. Draetta, 1988, p. 49.

controvérsias nos contratos comerciais internacionais. Sem embargo, como vimos, pode cumprir ainda outras funções.

A aplicação restritiva das cláusulas de *force majeure* e *hardship*, decorre da própria instabilidade do meio internacional, o que justifica a importância dada ao valor segurança. Isso, entretanto, não prejudica as vantagens que se buscam no recurso a árbitros e cortes arbitrais, quais sejam, a tecnicidade e o sigilo, além da celeridade.

As cláusulas cada vez mais elaboradas permitem o bom funcionamento dos mecanismos contratuais exoneratórios da responsabilidade e reguladores da renegociação, apesar do rigor dos julgadores.

8. "HARDSHIP" E "FORCE MAJEURE" NO DIREITO BRASILEIRO

A discussão pertinente a este tópico destina-se aos casos em que as cláusulas mencionadas estão inseridas em contratos regidos pela lei brasileira.

A questão da natureza jurídica das cláusulas deve ser tratada a partir de figuras reconhecidas no sistema jurídico interno. Portanto trataremos inicialmente deste tema, utilizando as condições.

Evidentemente, sendo as cláusulas estipulações contratuais advindas da vontade das partes, não cabe discutir detalhadamente a força maior *ex lege* assim como as teorias da imprevisão, excessiva onerosidade e *Wegfall der Geschäftsgrundlage*. Essas categorias, porém, servem para articular o pensamento do julgador, o que tem efeito na interpretação e aplicação, pois são os conceitos jurídicos que este conhece e utiliza normalmente.⁷⁸ Por outro lado é

78. Barry, 1979, pp. 231-232, lembra o problema relativamente às Convenções internacionais onde "The deeper discord escapes

importante lembrar situações onde o direito nacional impõe limitações à autonomia da vontade, através de normas cogentes.

8.1 Condição: Uma categoria utilizável?

8.1.1 Estruturas das cláusulas e da condição

Preliminarmente cabe dizer que do duplo sentido que tem o termo condição, que ora designa um fato, ora a própria cláusula,⁷⁹ utilizaremos o segundo.

A descrição da estrutura das cláusulas pode ser encontrada no item 1.1.

Por outro lado o CC, art. 114, dispõe: "Considera-se condição a cláusula que subordina o efeito do ato jurídico a evento futuro e incerto."

Ora, as hipóteses das cláusulas ora tratadas referem-se a evento incerto, pois como se referem a fatos imprevisíveis, mesmo quando a imprevisibilidade é atenuada, são, com maior razão, incertos.⁸⁰

Quanto à localização no futuro, que também é evidente, cabe um esclarecimento. Deve ser futura a realização de todos e cada um dos fatos descritos na hipótese, ou tão-somente dela como um todo? Tomemos um exemplo: um contrato é feito ao mesmo tempo em que ocorrem distúrbios civis na localidade onde um dos contratantes exerce sua atividade, mas não se pode prever se eles acarretarão a destruição do estabelecimento da parte. Se isto é imprevisível, também o é a realização da hipótese. Ademais essa característica

notice because the same formula means different things according to the framework in which it is read...".

79. Pontes de Miranda, 1955, p. 104.

80. O incerto nem sempre será imprevisível, mas é impossível imaginar algo que seja ao mesmo tempo imprevisível e certo.

deve ser aferida pelo saber do manifestante.⁸¹

As conseqüências jurídicas dessas cláusulas, por outro lado, alcançam apenas os efeitos do contrato. As dimensões validade e existência do ato jurídico não são tocadas, por uma questão hierárquica.⁸² A norma que determina a validade da disposição contratual é uma norma do direito nacional e nunca pode estar contida no próprio contrato. Restam, portanto, às cláusulas regulamentar os efeitos.⁸³

81. Pontes de Miranda, 1955, p. 106, diz: "Se, concebida como relativa a fato incerto, futuro, esse, sem no saber do manifestante da vontade, ou sem no saber dos manifestantes da vontade, já se realizou, nem por isso se deixa de tratar como condição."

82. Diz Kelsen (1984, p. 267): "O fundamento de validade de uma norma apenas pode ser a validade de outra norma. Uma norma que apresenta o fundamento de validade de uma outra norma é figurativamente designada como norma superior, por confronto com uma norma que é, em relação a ela, a norma inferior". Neste sentido também Ferraz Junior, 1988, p. 171: "Ora, para que, juridicamente, ocorra a imunização da relação de autoridade da norma (x), faz-se mister que haja uma outra norma (z) (também com sua relação de autoridade) cujo relato, cuja "facti species", tenha por conteúdo o cometimento da primeira (x). E assim sucessivamente até uma primeira norma da série, chamada norma origem. A imunização é uma relação entre o relato da norma imunizante e o cometimento da norma imunizada. A validade é uma relação de imunização."

83. É possível conceber um contrato com organização interna hierarquizada. As próprias cláusulas de *hardship* se fundam em uma superioridade relativa ao preverem um regime de renegociação que determina a entrada de novas disposições no contrato. As normas contratuais hierarquicamente superiores, porém, não podem isolar o contrato da lei nacional ao qual está vinculado, no sentido de que não podem prescindir de requisitos de validade apontados pelo sistema, embora possam apresentar novos requisitos. P. ex.: con-

Desta forma parece não haver motivo para afastar a caracterização das cláusulas de *force majeure* e *hardship* como condições.

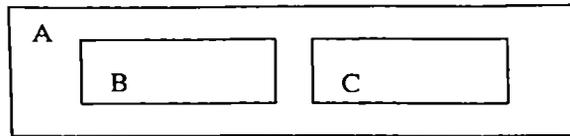
8.1.2 As condições extintiva e suspensiva:

8.1.2.1 As cláusulas como terceira espécie — Uma objeção imediata que nos vem à mente quanto a considerar as cláusulas de força maior e *hardship* como condições é o fato de que elas, sobretudo pela complexidade do regime, não podem ser encaixadas diretamente nas categorias "extintiva" e "suspensiva".

Com efeito, as modalidades dos atos jurídicos, como cláusulas acidentais, foram mentadas pelo legislador com notável simplicidade, parecendo inadequadas a um ambiente mais complexo. Há, porém, dois caminhos que podem levar à aceitação da pertinência das figuras ora tratadas ao conjunto das condições.

Primeiramente não podemos esquecer que a norma do CC, art. 114 adapta-se às cláusulas de força maior e *hardship*, como vimos acima. Pode-se argumentar que a regra incide sem considerar as regulamentações especiais dadas a espécies de condições. Vale dizer: ao considerar o gênero "condição" mais abrangente do que a união dos conjuntos das espécies "condição extintiva" e "condição suspensiva", o intérprete aceita um lugar de possibilidades que pode ser preenchido por outras classes de condições. Uma representação desses conjuntos por um diagrama de Euler-Venn pode ser ilustrativa (A — condições, B — condições extintivas e C — condições suspensivas):

trualmente não se pode prescindir da capacidade das partes, mas pode-se exigir um *status* qualificado para que a vontade da parte transforme o contrato, como o de diretor superintendente da empresa, não chegando a ser válida, destarte, a negociação levada a termo por outros representantes da pessoa jurídica.



Poderia, portanto, existir um elemento que pertence a A, mas não pertence nem a B, nem a C. A condição de pertinência ao conjunto A seria tão-somente a regra do art. 114 do CC, completada sistematicamente por outras normas, por exemplo a que veda as condições puramente potestativas, mas não especificamente a regra da necessidade de ser resolutiva ou suspensiva, que, ademais, não está expressa em nenhum momento.

Há, porém, argumentos possíveis no sentido de afastar esta noção. Inicialmente está o que considera necessárias estas categorias pois são elas que têm seu regime especificamente regulado no Código. A incerteza a respeito do funcionamento específico de outros tipos de condições tornaria impossível a sua aceitabilidade. Isso, porém, não é capaz de afastar a incidência do art. 114, notadamente quando as cláusulas apresentem um regime consensual consistente com respeito aos efeitos. Quando isso não ocorre, pode-se, então, buscar fontes supletivas.

Mais consistente é a segunda objeção. Ela parte do pressuposto de que os efeitos das cláusulas contratuais são jurídicos. A questão da repercussão destes no mundo do ser⁸⁴ (eficácia ou efetividade) não é relevante, pois adotando a condição a estrutura de uma norma jurídica e situando-se no universo do dever-ser, a análise da eficácia das disposições contratuais só pode ser feita *a posteriori*, pois depende da conside-

ração prévia da existência, da validade e da subsunção. O dever-ser contido no imperativo jurídico não depende da repercussão no mundo do ser: este *sollen* é o efeito, no caso, da ocorrência da hipótese normativa.

Um efeito jurídico propriamente dito não suporta uma terceira opção: é negado ou confirmado pela ocorrência da hipótese. Desta maneira é mister considerar que a condição ou suspende, para dar vida depois, ou extingue um efeito do contrato (não todo o contrato). Qual seria a outra possibilidade?

Desta maneira a condição será sempre ou extintiva ou suspensiva, vinculando a evento futuro e incerto os efeitos do ato. Em nossa opinião o argumento afasta a primeira teoria para o reconhecimento das cláusulas de *hardship* e *force majeure* como condições, mas abre caminho para uma nova.

8.1.2.2 As cláusulas de força maior e “*hardship*” como compostas de várias condições — Os juristas romanos do período clássico não conheciam as condições extintivas, apenas as suspensivas. Para alcançar algo semelhante àquelas, utilizavam-se de um pacto de resolução sob condição suspensiva, ou seja, celebravam um outro negócio, cujo conteúdo era a resolução de um pacto, sujeitando-o a condição.⁸⁵

Essa construção engenhosa mostra-nos, sobretudo, a possibilidade de articular algo específico a partir de elementos simples e adaptáveis. Embora o resultado pareça algo complexo, a van-

84. Adotamos aqui a conceituação kelseniana (Kelsen, 1984).

85. Moreira Alves, 1987.

tagem é a de lidar-se com categorias conhecidas.

No nosso caso, mais do que o simples jogo das construções lógicas, importa considerar que sendo a lei brasileira a aplicável e compatíveis as estipulações contratuais com figuras presentes no Direito positivo, faz-se necessária a sua utilização, já que a incidência normativa evidentemente independe da vontade das partes, especialmente quanto a regras cogentes, p. ex., o art. 115 do CC.

Tomemos inicialmente um exemplo: em um contrato de compra e venda, convencionado o preço A, inseriu-se a cláusula "se não chover em uma semana o preço será B". Ora, a incompatibilidade entre os preços A e B implica que o dever de pagar A, efeito jurídico do contrato, deve ser extinto quando o dever de pagar B passe a existir (caso não chova). A cláusula contém, destarte, duas condições, a saber: uma extintiva relativamente ao preço A e uma suspensiva ao B. A primeira condição, embora tácita, é resultado lógico imediato da estipulação da segunda. Em princípio ambas tem a mesma hipótese.⁸⁶

86. Quanto a relação entre efeitos, devemos considerar a dependência entre eles e a compatibilidade. Se os efeitos são independentes, a relação de compatibilidade não é relevante e eles podem ocorrer conjuntamente, assim como separadamente, p. ex. o dever de renegociar de boa-fé e o de pagar podem ser independentes. Quando, porém, os efeitos são dependentes eles podem ser incompatíveis (o dever de pagar A e o de pagar B, p. ex.) ou compatíveis (o dever de pagar e o dever de pagar em um prazo determinado). No caso de efeitos dependentes compatíveis as relações normalmente são de submissão, são hierárquicas. O dever de cumprir uma obrigação em prazo determinado, p. ex., depende do dever de cumprir: o primeiro não subsiste sem o segundo, que segue existindo mesmo afastado aquele. A hierarquia em termos de deveres

As cláusulas de *force majeure* e *hardship* são, em princípio, descritíveis em termos de condições. No exemplo supra temos duas condições que apresentam a mesma hipótese, o que sem dúvida é o caso da chamada suspensão dos efeitos do negócio devido à ocorrência de determinados eventos de força maior. Evidentemente ela não é uma condição suspensiva, recebendo aquele nome especialmente para distanciar-se da hipótese de extinção da obrigação sem cumprimento e responsabilidade. O negócio suspenso continua a existir e apenas teve alguns de seus efeitos extintos (condição extintiva I). A continuidade do vínculo sem esses efeitos é, porém, um efeito ligado a uma condição suspensiva (II). Finalmente há o possível retorno de todas as obrigações e deveres contratualmente ajustados, porém momentaneamente afastados.

Esta volta também é descritível através de modalidades do negócio, uma que extingue (III) o estado excepcional e outra que suspende (IV) os efeitos outrora extintos, que não são, a rigor, os mesmos. A peculiaridade destas condições é que têm em suas hipóteses a realização das outras como evento necessário, ou seja, se os efeitos do negócio não sofreram a alteração descrita no parágrafo anterior, seguramente não há porque falar do retorno ou reinserção de determinadas obrigações e deveres.⁸⁷ Completa a incidência da norma a ocorrência de outro evento, que poderia ser, p. ex., existir a possibilidade de cumprimento das obrigações e dos

dependentes incompatíveis decorre das regras sobre qual deve prevalecer.

87. Isso é importante no caso em que as partes ajustem consensualmente uma suspensão do contrato que não seja baseada no evento de força maior. Se isso ocorrer, então não se poderá apelar para a cláusula de *force majeure* ou *hardship* como fundamento da volta dos efeitos originais.

deveres suspensos. Esquemáticamente: 1) se A, então X; 2) se A, então Y; 3) se B, então Z; 4) se B, então W; onde B é composta de X, Y e algum outro elemento, sendo necessária a presença de todos.⁸⁸

Desta maneira temos que não há nenhuma razão *a priori* para que não existam cláusulas de *force majeure* e *hardship* totalmente descritíveis em termos de condições. Surgem então duas questões: 1) existem cláusulas destes tipos não descritíveis apenas a partir da categoria jurídica condição?; e 2) existem as que são descritíveis sem a utilização desta categoria? Tratá-las-emos a seguir.

8.1.2.3 As cláusulas de força maior e “*hardship*” para além das condições — A primeira questão tem sua resposta vinculada à extensão do que se chamam cláusulas de *hardship* e *force majeure*. Se consideramos que um negócio jurídico resultante de uma possível renegociação faz parte da cláusula, certamente que não, simplesmente porque a categoria negócio não é redutível a condições, já que a manifestação de vontade da qual depende exige um tratamento diferenciado, mesmo porque pode fazer com que ingressem na relação entre as partes efeitos não pactuados originalmente, portanto nunca descritíveis como resultado jurídico direto da ocorrência de uma hipótese normativa.

88. A redação rigorosa explícita de uma cláusula que suspende os efeitos principais do contrato poderia ser essa: ocorrendo um evento de força maior, alguns efeitos do contrato serão extintos, surgindo um regime suplementar, onde as obrigações e deveres deixaram de existir, criando-se um estado de exceção, sem que o contrato deixe de valer. Ocorrendo isso e posteriormente um outro evento, então extingue-se o estado excepcional e os efeitos suspensos voltam a ocorrer. Na prática a redação “os efeitos do contrato são suspensos até que ocorra um outro evento” é suficiente.

Entretanto a questão da extensão destas cláusulas é basicamente estéril. Os conceitos apresentados doutrinariamente não são unívocos e baseiam-se em critérios de reconhecimento diferenciados, que ora permitem, ora não, inserir outras categorias que não condições nas cláusulas. Definir estipulativamente a abrangência destes conceitos é também inútil, mesmo porque as categorias cláusulas de *hardship* e *force majeure* não provocam, no âmbito do Direito brasileiro, a incidência de nenhuma norma, pois não são categorias definidas no Direito positivo.

A outra questão, ao contrário, relaciona-se com o núcleo das cláusulas, com o problema da essência delas.⁸⁹ Parece-nos incontestada na doutrina a concepção que toma por base da definição destas cláusulas sua hipótese. Também é pacífico que esta descrição de fatos apresenta pelo menos um evento imprevisível e alheio à vontade das partes. Seu alcance sobre outro nível jurídico que não o dos efeitos não é normalmente tratado em sua especificidade, mas como cláusula contratual acidental é certo que sua existência jurídica e validade depende das do contrato, absurda, portanto, a cláusula cujo efeito seria a não validade ou inexistência do contrato, pois ela também o seria. É, portanto, a condição categoria fundamental para a compreensão no Direito pátrio das cláusulas ora examinadas, instalando-se no próprio núcleo do conceito delas.

8.1.3 Regime das condições

8.1.3.1 As condições puramente potestativas — O art. 115 do CC veda expressamente as chamadas condições

89. É óbvio que ao falarmos de essências não queremos dizer que elas tenham existência autônoma, um núcleo que demonstra seu ser específico destacado do Direito.

puramente potestativas,⁹⁰ afastando do universo das hipóteses possíveis aquelas que descrevem um ato arbitrário de parte. Deve-se, portanto, ter especial cuidado em não incluir condições desta espécie.⁹¹

Na redação de uma cláusula das aqui discutidas pode-se incluir na hipótese eventos que correspondem a declarações de vontade, sejam das partes, sejam de terceiros, p. ex. um árbitro.

As distintas articulações podem originar duas situações diferentes: na primeira a parte ou terceiro se limitam a declarar que houve um determinado evento, ou seja, a norma incide com a ocorrência do fato *stricto sensu*, de maneira que a declaração não é vinculativa, sendo a questão devolvida ao juízo arbitral ou jurisdicional; na segunda a declaração faz parte do universo de eventos descritos pela hipótese, podendo ser um dos vários descritos, caso em que seria elemento completante, ou o único sendo então nuclear e completante.

Sempre que a vontade de uma das partes vincular os efeitos da condição estaremos frente a uma condição puramente potestativa. Isso é evidente quando a declaração é elemento nuclear da hipótese, mas mesmo quando completante o será, pois vincula os efeitos ao arbítrio de uma parte. Portanto, o critério de verificação não pode estar vinculado exclusivamente à vontade de uma parte. A situação onde isso se apresenta com maior clareza é aquela na qual a parte que não se aproveita da força maior ou do *hardship* tem, nos termos do contrato, o poder de dizer se o evento constante da hipótese da condição ocorreu ou não, sendo sua decla-

ração decisiva. Isso não poderia ser aceito pelo Direito brasileiro. A questão seria a de saber se isso anula toda a cláusula de força maior ou apenas a condição potestativa.

Se a hipótese condicional apresenta a declaração como elemento nuclear, evidentemente será tida por inexistente. Se é colocada como elemento completante, então a condição subsistirá, excluído o elemento potestativo: aceitar o afastamento da cláusula em benefício da parte que teria o poder de afastá-la praticamente equivale a aceitar a condição potestativa: se a parte quisesse poderia aceitar a cláusula beneficiando a outra, não através da incidência desta, mas através de transação, ao passo que, apenas querendo, poderia alegar a inexistência da condição pois potestativa. A nulidade da hipótese será apenas parcial, para não introduzir de fato no mundo jurídico o que é defeso pela lei.

O chamado dever de informar, que vincula os efeitos da cláusula à comunicação da impossibilidade ou extrema dificuldade de cumprimento pela parte a quem beneficiam, não é condição potestativa, mas ônus. A incidência da hipótese condicional pode ser alegada pela outra parte, mas evidentemente se ela também tem interesse nos efeitos da *force majeure* ou *hardship*, também terá o ônus.⁹²

Finalmente temos a hipótese que vincula a incidência a uma declaração de terceiros. Neste caso, se a declaração é suficiente para a incidência da cláusula, constituindo elemento nuclear e completante da hipótese, então não estamos frente a uma condição, mas de interferência de terceiro no contrato. Apresentam-se duas possibilidades: o terceiro tem o poder de interferir sobre

90. "Art. 115. São lícitas, em geral, todas as condições, que a lei não vedar expressamente. Entre as condições defesas se incluem as que privarem de todo efeito o ato, o sujeitarem ao arbítrio de uma das partes."

91. V. 2.2.1, p. 9.

92. No caso o de informar à outra parte que soube, por outras fontes, que o cumprimento tornou-se impossível. Os efeitos serão, obviamente, posteriores à comunicação.

o contrato a seu bel prazer ou interfere desde que acionado por uma das partes. Este tipo de estipulação não tem utilidade prática, pois é gerador de muita insegurança. Quando, porém, a declaração de terceiro se dá sobre um fato, então estamos frente a uma questão substancialmente diferente. A declaração de terceiro será necessária, mas não suficiente. O órgão julgante, arbitral ou judiciário, terá que analisar não só a declaração de terceiro, mas a própria realização do fato, cuja apreciação é devolvida. Difere da apreciação apenas do fato porque é mister levar em conta a manifestação do terceiro indicado.⁹³ Pode ocorrer que o terceiro não se manifeste sobre o evento, de maneira que é importante saber se é a declaração positiva ou a ausência de negativa que completa a hipótese. Entendemos que se a apreciação do fato será devolvida, não há motivo para considerar a ausência de manifestação como motivo de afastamento da incidência da hipótese.

Os terceiros podem ser indicados por uma única parte, sem que isto configure a potestatividade, o que, porém, é pouco recomendável, especialmente na medida em que deixa espaço para atividade fraudulenta que oculta o caráter ilícito da condição. Sua indicação deve ocorrer já na conclusão do contrato, portanto dependente do acordo de vontade, remetendo-se a pessoa determinada ou determinável a partir de regras negociais, mas evitando atribuir a uma das partes o poder de designar qualquer pessoa, para afastar a possibilidade de potestatividade mediante fraude.⁹⁴ Essas regras po-

93. Observe-se que a iniciativa da parte vinculativa da participação de terceiro não é no caso condição potestativa. Ela pode ser de ambas as partes e está vinculada à ocorrência de um evento que independe da vontade das partes. Trata-se de ônus, aproximadamente como o relativo ao dever de informar.

94. A fraude, ao contrário da potestatividade, só produz seus efeitos a partir do

dem indicar uma pessoa (p. ex. mencionando um cargo), exigir o acordo entre as partes ou restringir a escolha a um universo de pessoas, vinculando-a à vontade de uma das partes, das duas partes ou de terceiro.

Evidentemente conjuntos amplos de opções podem caracterizar situações semelhantes às descritas, pois a escolha não estaria propriamente limitada e a regra poderia caracterizar fraude, mas quando bastante restritos (p. ex. os membros de um determinado corpo de árbitros) não a caracterizam propriamente. De qualquer maneira, é prudente evitar esta forma de designação, o que pode ser feito inclusive deslocando a escolha para um terceiro (p. ex. escolha entre membros de um determinado corpo de árbitros feita pelo seu presidente).

A relação jurídica entre o terceiro e as partes é estabelecida por um contrato acessório de prestação de serviços. Convém estabelecê-lo já no contrato principal, evitando-se os problemas de uma contratação no momento em que as partes estão em desacordo sobre outros pontos do contrato.

8.1.3.2 Outros pontos do regime legal das condições — As outras determinações legais sobre a condição tem, *in casu*, pouca importância.

As hipóteses normalmente não descrevem eventos juridicamente ou fisicamente impossíveis. Porém cabe lembrar que o estabelecimento de uma condição juridicamente impossível poderia ser desastrosa, pois invalidam os atos a elas subordinados. Se fisicamente impossível tão-somente reputa-se inexistente a condição (CC, art. 116).

O problema das condições impossíveis gnoseologicamente e logicamente tem solução, conforme Pontes de Miran-

reconhecimento pelo órgão julgante. Ademais opera *ex nunc*.

da,⁹⁵ semelhante ao das juridicamente impossíveis.

O art. 120 do CC refere-se à realização obstada ou levada a efeito por atuação da parte que se beneficia. O redator de uma cláusula de *force majeure* ou *hardship* não deve esquecer de que o comportamento da parte deve ser malicioso, conforme a norma legal, para que incida o mencionado artigo. Se o consenso das partes é no sentido de que a parte que agiu com culpa, ou mesmo não tão diligentemente quanto esperado, não pode beneficiar-se, então isso deve ser expresso. Caso não o seja, muito provavelmente a vontade das partes será interpretada como tendo o mesmo sentido da disposição legal. Por outro lado a norma do art. 120 não pode ser afastada pela vontade das partes, que não podem permitir a realização ou não de uma condição devida à atuação dolosa das partes (o que, aliás, não teria sentido na prática).

Dessa forma, parece-nos que é importante ter em vista, pela aplicabilidade do regime legal das condições, a relação entre as cláusulas de *force majeure* e *hardship* e essas cláusulas acidentais dos contratos.

8.2 Força maior

8.2.1 Localização do tema

No direito brasileiro a força maior é, juntamente com o caso fortuito, tratada

95. Pontes de Miranda, 1955, p. 101: "É preciso que se entenda a condição, para se saber de que fato se cogita. Por isso mesmo a condição ininteligível ou contraditória (*conditio perplexa*) é nula e faz nulo o ato jurídico (art. 116, 2.ª parte)." e p. 130: "a. A condição contraditória restringiu a eficácia do ato jurídico, e não se sabe em que o restringiu: o espírito livra-se da dúvida, tendo ao ato jurídico mesmo por inexistente. (...) b. As condições ininteligíveis ou sem sentido contêm impossibilidade gnoseológica: (...) são inexistentes elas e o negócio jurídico ou ato jurídico *stricto sensu*, ..."

no Código Civil como relativa ao não cumprimento das obrigações, (Liv. III, Tít. II, Cap. XIII). Pode ser tomada como circunstância determinante da impossibilidade superveniente da prestação sem culpa do devedor,⁹⁶ havendo, não obstante, outras circunstâncias, como fato de terceiro determinado, fato do credor ou mesmo do devedor.⁹⁷

O art. 1.058 do CC a descreve da seguinte maneira: "O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito, ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado, exceto nos casos dos arts. 955, 956 e 957."⁹⁸ Parágrafo único. O caso fortuito, ou de força maior, verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.

Não se trata, portanto, de causa da extinção das obrigações, mas de causa exoneratória do dever de indenizar pelo inadimplemento,⁹⁹ que pode redundar tanto na extinção da obrigação quanto na mora. A extinção da obrigação é determinada pela impossibilidade¹⁰⁰ su-

96. Wald, 1994, p. 112: "..., podendo afirmar-se que a ausência de culpa é gênero do qual o caso fortuito é espécie."

97. Antunes Varela, 1978, pp. 69-72.

98. Em caso de mora.

99. Há quem considere a extinção como efeito da força maior, como Bessone, 1987, p. 256: "Os seus efeitos podem ser temporários, suspendendo apenas a execução do contrato, ou definitivos, caso em que se extinguirão os direitos e as obrigações das partes." Parecemos, porém, inadequada a posição, já que seria absurdo considerar que para a extinção de uma obrigação devesse ocorrer um evento de força maior ou caso fortuito. Não há diferença essencial quanto à extinção devida ao inadimplemento culposo ou sem culpa da parte, senão na seara da responsabilidade civil.

100. Antunes Varela, 1978, p. 63: "Tanto nas obrigações de dar (arts. 865, 1.ª parte, e 869), como nas obrigações de fazer (art. 879) e de não fazer (art. 882), se a prestação se tornar impossível, sem culpa do devedor, depois de constituída a obrigação, esta extingue-se"

perveniente.¹⁰¹ A rigor, portanto, o caráter dispositivo constante do art. 1.058 do CC diz respeito à possibilidade de trazer para si a responsabilidade, mas não de impedir a extinção *ex lege* da obrigação. Faz-se, então, necessário analisar a problemática da impossibilidade e sua relação com normas de caráter imperativo, não afastáveis pela vontade das partes, quanto à caracterização da extinção da obrigação.

Por outro lado devemos destacar que, quanto à caracterização do evento de força maior, as partes contratantes são quase totalmente livres para determinar quais serão, o que decorre da possibilidade de dispor sobre a exoneração de responsabilidade devida a caso fortuito ou força maior.

8.2.2 Caracterização da força maior

Como já foi mencionado acima, o CC descreve no art. 1.058, parágrafo único, o evento de força maior, mencionando expressamente a necessidade e a inevitabilidade.

A doutrina nacional não é unânime quanto aos elementos que caracterizam a força maior.

Orlando Gomes¹⁰² trata da questão da exoneração de responsabilidade mencionando duas teorias, a objetiva e a sub-

(ressalva no art. 877 quanto à perda de coisa fungível). Wald, 1994, p. 110: "A obrigação se extingue pelos meios diretos e indiretos de pagamento, por decadência e por impossibilidade absoluta superveniente."

101. Antunes Varela, 1978, p. 64: "Com efeito, à teoria da relação obrigacional só interessa a questão da impossibilidade da prestação posterior à constituição da obrigação. Se a impossibilidade da prestação é contemporânea da formação (negocial) da obrigação, o problema interessa à validade do negócio jurídico (arts. 82 e 145, II) e não à temática do não cumprimento da obrigação."

102. 1961, pp. 158-161.

jetiva.¹⁰³ "Pela primeira, o caso fortuito caracteriza-se pela imprevisibilidade ou irresistibilidade do evento que determina a impossibilidade de cumprir a obrigação. Define-se, portanto, pela natureza do acontecimento. Pela segunda, é considerada a ausência de culpa, quaisquer que sejam os elementos intrínsecos ao evento." Dessa forma o elemento caracterizador do caso fortuito seguirá a teoria adotada.

A inevitabilidade do evento e a ausência de culpa são, conforme Wald,¹⁰⁴ elementos caracterizadores da força maior, cuja prova deve ser feita por quem o alega.

Bessone,¹⁰⁵ por sua vez, também incluía ausência de culpa como elemento, porém substitui a inevitabilidade pela impossibilidade absoluta de execução. Na sua definição a inevitabilidade e a imprevisibilidade são configuradores da ausência de culpa. Parece-nos, todavia, que a sua construção falha ao apontar um elemento externo ao sujeito como determinante da culpa: deve-se aferir a diligência com que este atuou, assim como a ausência de dolo, mas não se pode conferir ao sujeito algo que pertence, p. ex., ao conjunto das manifestações da natureza.

Silva Pereira¹⁰⁶ afirma que: "Desta noção (art. 1.058 do CC) decorrem os seus requisitos: 1) necessidade, pois não é qualquer acontecimento, por mais grave e ponderável, que libera o devedor, porém aquele que leva obrigatoriamente ao fato danoso; 2) inevitabilidade. Para que se exima o agente, é mister que o evento não possa ser impedido nos seus efeitos. Alguns autores acrescentam ainda a imprevisibilidade.

103. Silva Pereira, 1990, pp. 222-223 também as menciona.

104. 1994, p. 112.

105. 1987, p. 256.

106. 1990, p. 324.

Na mesma linha, Antunes Varela¹⁰⁷ aponta como requisitos essenciais: “a) que os seus efeitos não possam ter sido evitados, com a diligência exigível do obrigado; b) que eles tenham determinado a impossibilidade da prestação.”

São, portanto, três os requisitos apontados, embora nunca em conjunto, quais sejam a inevitabilidade, a necessidade¹⁰⁸ e a ausência de culpa. Dessa forma, entendemos que os redatores das cláusulas de *force majeure* e *hardship* devem estar atentos às diferentes possibilidades de caracterização da força maior, especialmente as teorias objetivista e subjetivista.

Outro ponto polêmico é se a imprevisibilidade, no direito brasileiro, é ou não elemento caracterizador da força maior. Com efeito o art. 1.058 não fala a seu respeito. Silva Pereira¹⁰⁹ afirma: “A meu ver, a imprevisibilidade não é requisito necessário, porque muitas vezes o evento, ainda que previsível, dispara como força indomável e irresistível. A imprevisibilidade é de se considerar quando determina a inevitabilidade.” Parece-nos a posição mais coerente com a determinação legal.

8.2.3 A impossibilidade

8.2.3.1 Conceito — Duas teorias lidam com a noção de impossibilidade. A primeira, da impossibilidade lógica, trata desta como absoluta, vale dizer, uma prestação só pode ser considerada impossível se não puder ser cumprida de maneira alguma. A outra, do conceito jurídico de impossibilidade, que admite como impossível também a prestação que exige do devedor um esforço extraordinário e injustificável. Considera-

se a exigibilidade em função do dever de prestar, tomando em conta o princípio da boa-fé.¹¹⁰

A distinção entre impossibilidade e mera dificuldade é utilizada normalmente, porém a fronteira entre essas duas figuras é de difícil delimitação. Com efeito a diferença de grau, em alguns casos até mesmo quantificável, tem de ser traduzida em termos qualitativos em face do caso concreto. Isso provoca insegurança, o que a doutrina tem tentado afastar por meio de descrições detalhadas da impossibilidade.

Por outro lado a impossibilidade lógica é extremamente restritiva, levando, às vezes, a situações injustas. Diz Gomes (1961, p. 154): “... Está certo. Mas a aceitação desse conceito lógico acarretaria graves inconvenientes na prática e representaria inadmissível exceção do próprio conceito de obrigação jurídica. O dever de prestar não pode ser exigido além de um limite razoável, como pondera Hedemann. Daí a preferência pelo conceito jurídico de impossibilidade.”

O conflito entre os valores segurança e equidade leva, destaque, a que os autores busquem posições conforme o princípio que julguem mais relevante.

8.2.3.2 Classificações — Apesar de ser comum a classificação entre impossibilidade física e impossibilidade jurídica, a mesma não traz vantagem prática, uma vez que ambas produzem o mesmo efeito.

A impossibilidade objetiva distingue-se da subjetiva, sendo que a primeira afeta a todos enquanto a segunda, que nem sempre é liberatória, apenas para o devedor.

A impossibilidade definitiva, por oposição à temporária, exonera o devedor da obrigação. A segunda, todavia, apenas retarda o adimplemento. Quando

107. 1978, p. 71.

108. No sentido de ligação entre o evento de força maior e a impossibilidade de cumprir a obrigação.

109. 1990, p. 324.

110. Gomes, 1961, pp. 154-155.

o obstáculo é transitório, o devedor pode cumprir mais tarde seu dever. Não obstante, quando o termo é essencial ou o atraso torna a prestação inútil para o credor, ter-se-á a extinção.

Distingue-se, ainda, a impossibilidade total da impossibilidade parcial. A primeira ocorre quando o devedor está impedido de satisfazer a prestação na sua totalidade, ao passo que na outra o obstáculo à prestação não a atinge integralmente.

8.2.3.3 Alcance da autonomia da vontade — Para o redator de contratos uma das questões mais relevantes é a que diz respeito ao que pode ou não ser alterado pelo acordo de vontades entre as partes. Relativamente ao tema da impossibilidade, vinculada às cláusulas de *force majeure* e *hardship*, deve-se ter em conta que nem sempre se pode afastar a extinção da obrigação *ex lege*.

De fato quando a impossibilidade é absoluta, não se pode determinar apenas a suspensão dos efeitos do contrato. Quando ela é relativa (p. ex. econômica ou psíquica) poderá ser afastada a extinção, respeitadas determinações legais específicas.

8.2.4 Finalidades

Como já tivemos oportunidade de destacar, a análise do tema se volta principalmente a prevenir o redator para os casos em que o direito brasileiro seja aplicável, e sobretudo em que o julgador raciocine com base nas categorias próprias da legislação e doutrina pátrias.¹¹¹

111. Neste sentido, Draetta, 1989, p. 48: "Molte sentenze arbitrali della CCI appaiono ispirarsi al rigore della legislazione francese nel richiedere che l'evento di "force majeure" risponda tassativamente ai requisiti della non imputabilità al debitore, della imprevedibilità e della irresistibilità."

Por outro lado notamos que a margem de liberdade para estipular contratualmente sobre os temas relativos à força maior, inclusive impossibilidade, é bastante ampla, não parecendo impor obstáculos à redação, sobretudo em função do permissivo do próprio art. 1.058 do CC, pois as partes podem responsabilizar-se por eventos de caso fortuito e força maior.

9. CONCLUSÃO FINAL

Como mostra a própria prática da redação dos contratos, especialmente os de longa duração, é recomendável redigir cuidadosa e detalhadamente a cláusula exoneratória da responsabilidade por inadimplemento devida à *force majeure* e *hardship*.

Deve-se atentar para as diferenças entre os diversos sistemas nacionais, o que pode influir na aplicação e interpretação das disposições do contrato. Neste sentido também a maneira com que a arbitragem internacional trata o tema é bastante significativa.

Por isso mesmo as cláusulas de *force majeure* e *hardship* têm se apresentado como um instrumento crescentemente utilizado para garantir a longevidade das relações contratuais.

BIBLIOGRAFIA

- ANTUNES VARELA, J. M. *Direito das Obrigações*, v. 2, Sec. II, Ed. Forense, Rio, 1978.
- BAPTISTA, Luiz Olavo. *A Vida dos Contratos Internacionais*, Tese, 1992.
- BARROS MONTEIRO, Washington de. *Curso de Direito Civil*, 1/224-240, Ed. Saraiva, S. Paulo, 1988.
- BARRY, Nicholas. "Force Majeure and Frustration", in *The American Journal of Comparative Law*, ns. 2 e 3, Nova Iorque, 1989.
- BESSONE, Darcy. *Do Contrato: Teoria Geral*, Caps. XV e XVII, Ed. Forense, Rio, 1987.

- VAN CAMELBEKE, Micheline. "L'Adaptation du Contrat International aux Circonstances Nouvelles", in *Les Modifications du Contrats au Cours de son Exécution en Raison de Circonstances Nouvelles*, pp. 170-183, Organizador, René Rodiere, Ed. Pedone, Paris, 1984.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*, 1/261-265, Ed. Saraiva, S. Paulo, 1987.
- DRAETTA, Ugo. "La Force Majeure", in *Il Diritto dei Contratti Internazionali, la Patologia dei Contratti*, pp. 37-55, Ed. Cedam, Pádua, 1988.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*, pp. 179-195, Ed. Atlas, S. Paulo, 1988.
- GOMES, Orlando. *Obrigações*, Caps. 12 e 13, Ed. Forense, Rio, S. Paulo, 1961.
- . *Contratos*, Cap. 31, Ed. Forense, Rio, 1989.
- KHALILIAN, Seyed Kahlil. "Controversial Theory of Frustration Before Iran-USA Claims Tribunal", in *Journal of International Arbitration* v. 7, n. 3, 1990.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, Caps. I e V, Ed. Armênio Amado, 1984.
- LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. "Cláusulas de Adaptação e Arbitragem nos Contratos Comerciais Internacionais", in *Estudos em Homenagem ao Professor Sílvio Rodrigues*, pp. 239-245, Ed. Saraiva, S. Paulo, 1989.
- MELIS, Werner. "Force Majeure and Hardship Clauses in International Commercial Contracts in view of the Practice of the ICC Court of Arbitration", in *Journal of International Arbitration* v. 1, n. 3, 1984.
- MOREIRA ALVES, José Carlos. *Instituições de Direito Romano*, II/11-32 e 40-60, Ed. Forense, Rio, 1986.
- PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*, 5/93-200, 1955.
- PUELINCKX, A. H. "Frustration, Hardship, Force Majeure, Imprévision, Wegfall der Geschäftsgrundlage, Unmöglichkeit, Changed Circumstances — A Comparative Study in English, French, German and Japanese Law", in *Journal of International Arbitration* v. 3, n. 2, 1986.
- SILVA PEREIRA, Caio Mário da. *Instituições de Direito Civil*, v. III, (Edição Universitária), Cap. LIII, Ed. Forense, Rio, 1990.
- . *Responsabilidade Civil*, Cap. XX, Ed. Forense, Rio, 1990.
- SORNARAJAH, M. "Supremacy of Renegotiation Clauses in International Contracts", in *Journal of International Arbitration*, v. 5, n. 2, 1988.
- STRENGER, Irineu. *Contratos Internacionais do Comércio*, Ed. RT, S. Paulo, 1992.
- STROHBACH, Heinz. "Force Majeure and Hardship Clauses in International Commercial Contracts and Arbitration", in *Journal of International Arbitration*, v. 1, n. 1, 1984.
- ULLMANN, Harold. "Droit et Pratique des Clauses de Hardships dans le Système Juridique Américain", in *Revue de Droit des Affaires Internationales*, n. 7, 1988.
- WALD, Arnaldo. *Obrigações e Contratos*, caps. 8 e 15, Ed. RT, S. Paulo, 1994.