

A Cláusula de *Hardship* como forma de Mitigação da Assimetria de Informação nos Contratos Internacionais

The Hardship Clause as a form of Mitigation of Information Asymmetry in International Contracts

Gabriela Wallau Rodrigues

Doutoranda em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul; Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul

Professora de Direito Empresarial na Graduação e Pós-Graduação *lato sensu* da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul

Partenon

90619900 - Porto Alegre, RS, Brasil

gabriela@wallaueraad.adv.br

Demétrio Beck da Silva Giannakos

Especialista em Direito Internacional pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul
Mestrando em Direito pela Universidade do Vale dos Sinos

Advogado, Giannakos Advogados Associados

Av. Cristóvão Colombo, 2834 / 603 Porto Alegre, RS – CEP 90560-002, Brasil

demetrio@giannakos.com.br

Maio de 2017

RESUMO: O texto aborda a cláusula de *hardship* a partir da matriz teórica da análise econômica do direito, notadamente no que diz respeito aos problemas decorrentes da assimetria de informação. Uma vez definidas as características e o fundamento jurídico dessa cláusula, a pesquisa centra-se nas funções por ela desenvolvidas no sentido de mitigar o *gap* informacional entre as partes nos contratos relacionais, em especial os de natureza internacional. Em conclusão, a cláusula de *hardship* é identificada como mecanismo eficaz de revelação de informação entre as partes, contribuindo para a manutenção dos contratos e redução de custos de transação.

PALAVRAS-CHAVE: Cláusula de *Hardship*; Assimetria de Informação; Contratos Internacionais.

ABSTRACT: The text analyses hardship clauses from a perspective of Law & Economics, especially in light of issues concerning asymmetric information. Once the main characteristics and the legal grounds of such clause are defined, the paper focuses on the role played by it on mitigating information gaps between parties on relational contracts, precisely those involving international relations. As a conclusion, hardship clause is identified as an efficient mechanism of disclosure between parties, therefore contributing to contract maintenance and transactional costs reduction.

KEY WORDS: Hardship Clause; Asymmetric Information; International Contracts.

SUMÁRIO:

1. Introdução
 2. Os Contratos Internacionais e as Hipóteses de *Hardship*
 3. Efeitos da Assimetria Informacional sobre os Custos de Transação
 4. A Cláusula de *Hardship* como Mecanismo Revelador de Informação e Redutor de Custos de Transação
 5. Considerações Conclusivas
- Referências

“O Contrato é uma instituição cronotópica,
sendo o tempo seu maior problema”.

(Judith Martins-Costa)

1. Introdução

O texto que aqui inicia tem por objeto a investigação da cláusula de *hardship*, a partir da matriz teórica da análise econômica do direito, com foco nas questões decorrentes da assimetria de informação, que se faz especialmente presente nos contratos internacionais de longa duração.

No primeiro tópico são definidos os contornos e o fundamento jurídico da referida cláusula, a fim de que possa então a pesquisa centrar-se nas funções por ela desenvolvidas no sentido de mitigar o *gap* informacional entre as partes nos contratos relacionais, notadamente os de natureza internacional.

São também realizadas algumas distinções entre a cláusula de *hardship* e a ideia de *force majeure*, buscando-se apontar seus fundamentos e aplicabilidade nos contratos internacionais, a partir dos Princípios da UNIDROIT e da Convenção de Viena sobre a Compra e Venda Internacional de Mercadorias – CISG, ora internalizada pelo direito brasileiro.

Por fim, a cláusula de *hardship* é identificada como mecanismo eficaz de revelação de informação entre as partes no curso da relação contratual – notadamente de natureza interempresarial –, contribuindo assim sensivelmente para a manutenção dos contratos.

2. Os Contratos Internacionais e as Hipóteses de *Hardship*

Relações sociais de natureza duradoura estão sujeitas à necessidade de adaptação no tempo e no espaço, sob pena de perecerem. Assim é, com particular intensidade, nos contratos internacionais de longo termo, os quais, uma vez impossível a negociação *a priori* de absolutamente todas as cláusulas e condições¹, exigem a adoção de mecanismos para a sua manutenção.

Nesse sentido, trazendo à tona a noção de contratos *relacionais* – ou seja, aqueles cujas obrigações transmutam-se e restabelecem-se ao longo da relação havida entre as partes –,

¹ “Os contratos de colaboração tendem a não prever a disciplina de *todos* os problemas que podem ser enfrentados pelas partes durante o negócio. [...] Podem ser realizadas *previsões*, cálculos considerando *probabilidades*, mas jamais haverá o controle do porvir. [...] Por isso, afirmamos que muitos contratos, especialmente os complexos, são *natural* e *inexoravelmente* incompletos”. (PAULA FORGIONI, *Teoria Geral dos Contratos Empresariais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009, p. 186).

Macneil² refere que “*change, whether caused by forces beyond social control or actively sought, appears to be a characteristic of modern technological societies*”.

Em tal contexto, torna-se recorrente a adoção das chamadas cláusulas de *hardship*, através das quais as partes estipulam entre si a obrigação de renegociar os termos contratuais, nas situações em que a fatos imprevisíveis tornem o cumprimento excessivamente oneroso a um ou alguns dos contratantes. A norma inserida contratualmente surge como uma variante das hipóteses exonerativas de responsabilidade³.

Para Luciano Pereira⁴, a *hardship* configura-se quando ocorrem circunstâncias que modifiquem substancialmente o equilíbrio das prestações e, embora não haja retilinidade quanto ao seu conceito, ela deve ser invocada apenas na medida em que a alteração seja *fundamental* (o que, por sua vez, invoca também a necessidade de questionar-se o que pode ser efetivamente tido por tal).

Nádia de Araújo⁵ distingue as noções de *hardship* e força maior (*force majeure*), referindo que, embora tenham alguns pontos em comum (a exemplo da imprevisibilidade), no caso de *hardship*, o cumprimento não se torna propriamente impossível, mas o que se observa é o desequilíbrio em relação ao *status quo*.

No Direito Internacional, com base nos Princípios da UNIDROIT, a figura da *hardship* pode ser tida, para além de cláusula contratual a ser estipulada livremente entre as partes, também como princípio cuja função é concretizar o valor do equilíbrio contratual⁶ – que, em última análise, conduz à manutenção dos contratos e redução de custos transacionais. Os artigos 6.2.2 e seguintes dos Princípios regem especificamente a situação de *hardship* e suas implicações, concedendo aos contratantes a faculdade de exigir a renegociação das condições contratuais quando fundamentalmente alterado o equilíbrio contratual⁷.

Por sua vez, a Convenção de Viena sobre a Compra e Venda Internacional de Mercadorias (CISG), recentemente internalizada no sistema brasileiro⁸, apesar de adotar uma tônica no sentido de promover a manutenção dos contratos, não refere expressamente à hipótese de

² IAN MACNIEL, *Contracts: adjust of long-term economic relations under classical, neoclassical and relational contract law*, in *Northwestern University Law Review*, vol. 72, n. 6, p. 889.

³ JAIRO SILVA MELO, *Contratos internacionais e cláusulas hardship*, São Paulo, Aduaneiras, 1999, pp. 80-81.

⁴ LUCIANO DE ALMEIDA PEREIRA, *Axiologia Princiopológica do UNIDROIT*, In, FINKELSTEIN, CLAUDIO; et. Al, *Arbitragem Internacional, UNIDROIT, CISG e o Direito Brasileiro*, São Paulo, Quartier Latin, 2010, p. 295.

⁵ NÁDIA DE ARAUJO, *Contratos Internacionais: autonomia da vontade, mercosul e convenções internacionais 4ª ed*, Rio de Janeiro, Renovar, 2009, p. 319.

⁶ LUCIANO DE ALMEIDA PEREIRA, *Axiologia Princiopológica do UNIDROIT*, In, Finkelstein, Claudio; et, Al, *Arbitragem Internacional: UNIDROIT, CISG e o Direito Brasileiro*. São Paulo, Quartier Latin, 2010, pp. 289- 298.

⁷ “6.2.2 There is hardship where the occurrence of events fundamentally alters the equilibrium of the contract either because the cost of a party’s performance has increased or because the value of the performance a party receives has diminished, and (a) the events occur or become known to the disadvantaged party after the conclusion of the contract; (b) the events could not reasonably have been taken into account by the disadvantaged party at the time of the conclusion of the contract; (c) the events are beyond the control of the disadvantaged party; and (d) the risk of the events was not assumed by the disadvantaged party”. (INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE UNIFICATION OF PRIVATE LAW – UNIDROIT, *Unidroit Principles*, Roma, UNIDROIT, 2010).

⁸ BRASIL. Decreto n. 8.327, de 16 de outubro de 2014. Promulga a Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias - Uncitral, firmada pela República Federativa do Brasil, em Viena, em 11 de abril de 1980, in *DOU*, 17 out. 2014.

hardship, embora esta possa ser inferida da redação do seu artigo 79(1)⁹ ou, ainda, da aplicação subsidiária dos Princípios da UNIDROIT com base no artigo 7(2)¹⁰, a exemplo do que sustenta Rodrigo Uribe¹¹.

Não obstante tais previsões, é possível (e recomendável) às próprias partes estabelecerem, a partir da sua autonomia privada, cláusulas que disponham sobre as hipóteses de reequilíbrio contratual, com intuito de contornar a imprevisibilidade dos contratos de longa duração.¹² Assim, a cláusula de *hardship* prestigia a renegociação, de forma extrajudicial, havendo quem sustente sua inspiração no princípio da boa-fé, no que tange a impossibilidade de uma das partes fundamentar a permanência de um contrato em que a parte contrária encontra-se essencialmente prejudicada¹³.

Judith Martins-Costa¹⁴ destaca que a violação da obrigação de renegociar pode ser decorrente de atentado contra a pura e simples letra do contrato, embora entenda mais comum advir da contradição com o seu espírito, agindo a parte renitente à renegociação com deslealdade e de forma protelatória – o que igualmente configuraria conduta culposa por violação à boa-fé.

Em linhas gerais, a função da cláusula de *hardship* é a adequação do contrato para assegurar sua continuidade quando na presença de fatos supervenientes que alterem de maneira substancial o equilíbrio das obrigações sem tornar, contudo, impossível a execução das obrigações contratuais. Ou seja, o que se busca é uma medida de segurança para o atenuar o risco de uma mudança brusca e imprevisível das circunstâncias existentes no momento de sua conclusão pode gerar inúmeros obstáculos à sua execução, sendo largamente utilizada em contratos internacionais¹⁵.

⁹ "79(1) A party is not liable for a failure to perform any of his obligations if he proves that the failure was due to an impediment beyond his control and that he could not reasonably be expected to have taken the impediment into account at the time of the conclusion of the contract or to have avoided or overcome it, or its consequences". (UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW, *United Nations Convention for the International Sales of Goods* (CISG), United Nations, Viena, 1980).

¹⁰ "7(2) Questions concerning matters governed by this Convention which are not expressly settled in it are to be settled in conformity with the general principles on which it is based or, in the absence of such principles, in conformity with the law applicable by virtue of the rules of private international law". (UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW, *United Nations Convention for the International Sales of Goods* (CISG), United Nations, Viena, 1980).

¹¹ "(...) los Principios UNIDROIT constituyen un instrumento adecuado para complementar y llenar los eventuales vacíos de la Convención. (...) el objetivo de uniformidad que esta persigue y la tarea de los tribunales se facilita con el uso de los Principios UNIDROIT en el contexto del artículo 7.2". (RODRIGO MOMBERG URIBE, *Compraventa Internacional De Mercaderías: El Deber De Renegociación En Caso De Excesiva Onerosidad Sobrevenida*, In: *Revista Chilena de Derecho Privado*, n. 18, jul, 2012, p. 100).

¹² Para maior aprofundamento, veja-se: JEAN DELACOLLETE, *Les Contrats de commerce internationaux*, De Boeck & Larcier, Bruxelas, 1986, p. 161.

¹³ Nesse sentido: "The legal basis for the hardship exemption is widely considered to lie in the principle of good Faith If a change of circumstances results in a excessive disproportion between performance and counter-performance, the insistence of a party on the performance by the aggrieved party strictly in accordance with the terms of the contract may contrary to the principle of good faith and amount to an abuse of rights, always provided that the risk of the change in circumstances has not been assumed by the aggrieved party" (CRISTOPH BRUNNER, *Force majeure and hardship under general contract principles: exemption for non-performance in international arbitration*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2009, p. 394).

¹⁴ JUDITH MARTINS-COSTA, *A Cláusula de Hardship e a Obrigação de Renegociar nos Contratos de Longa Duração*, in *Revista de Arbitragem e Mediação*, ano 7, n. 25, abr-jun, 2010, p. 26.

¹⁵ NÁDIA DE ARAUJO, *Contratos Internacionais: autonomia da vontade, mercosul e convenções internacionais*, 4ª edição, Rio de Janeiro, Renovar, 2009, p. 317.

Naqueles contratos, o elenco expresso das situações que geram obrigação de renegociar é bastante importante, especialmente quando o direito aplicável desconheça essa fórmula e for extremamente apegado ao contrato-lei. Por isso, a cláusula é também bastante utilizada em contratos na área da construção e infraestrutura, chamados *turn-key*¹⁶.

A partir disso, observa-se o importante papel da cláusula de *hardship* como mecanismo revelador de informações no curso das relações contratuais. Partindo-se da premissa já levantada de que contratos complexos são intrinsecamente incompletos, a necessidade de pautarem-se novas negociações durante a execução do contrato é natural e desejável, conforme será melhor explorado no tópico seguinte.

3. Efeitos da Assimetria Informacional sobre os Custos de Transação

Um mercado verdadeiramente livre conduz à alocação eficiente de recursos e, em última análise, à satisfação de toda a sociedade¹⁷. Todavia, por melhor que este cenário pareça, dificilmente se configura na prática com perfeição, em razão das chamadas *falhas de mercado* e dos consequentes custos transacionais – dentre os quais está a assimetria de informação.

Para Ronald Coase¹⁸, num mundo ideal, ter-se-ia um cenário em que os agentes, supostamente perfeitamente racionais, realizariam escolhas no mercado de modo a tornar desimportante a alocação inicial dos direitos de propriedade, uma vez que, ao fim e ao cabo, os bens tenderiam a transferir-se para aqueles agentes que mais os valorizassem. Todavia, esse “mundo ideal coaseano” não se verifica na prática. Fernando Araújo¹⁹ refere que o mundo “não-friccional” que serve de padrão arquetípico para o Teorema de Coase é impedido, dentre outros fatores, pela assimetria informativa.

Para Bruno Salama²⁰, custos de transação são os custos para a realização de intercâmbios econômicos, dos quais um exemplo clássico diz respeito aos custos relacionados à solução de eventuais conflitos decorrentes de uma relação contratual, ou até mesmo societária. Nestes

¹⁶ Essa modalidade contratual, também conhecida como “*clé en main*” é muito usada nos contratos do setor de construção, em que a parte que executa o contrato entrega a obra já em funcionamento, daí a expressão francesa *clé en main* (*chave na mão*) e a inglesa *turn-key* (*virar a chave*), indicando que quem contrata o serviço já o recebe pronto para funcionar. Muito usado para a construção de fábricas, obras de infra-estrutura e, na indústria do petróleo, para citar apenas exemplos, locais de exploração ou plataformas. Surgiu nos Estados Unidos, no início do século XX, entre os produtores de equipamentos e bens para atender a então nascente indústria do petróleo. Especialmente quando a parte executora realiza o projeto em país estrangeiro, surgem inúmeras dificuldades com relação ao direito aplicável. E, considerando ainda que envolve inúmeras obrigações para se chegar ao cumprimento final, sendo em cláusula de *hardship* bastante elaboradas prevendo a renegociação do contrato e seus termos sem implicar a sua interrupção. Veja-se o estudo de AURORA HERNANDEZ RODRIGUEZ, *Los Contratos Internacionales de Construcción llave em mano in Contratos Internacionales*, in Afonso Caravaca, et al, *Derecho Mercantil Internacional*, Madrid: Tecnos, 1997, pp. 1743-1882.

¹⁷ Essa é a ideia seminal de ADAM SMITH em *A Riqueza das Nações*: “[an individual] by pursuing his own interest, he frequently promotes that one of the society more effectively than when he really intends to promote it”. (ADAM SMITH, *The Wealth of Nations*, Lausanne, MetaLibri, 2007 [original de 1776], p. 349).

¹⁸ RONALD COASE, *The Problem of Social Cost*, in *The Journal of Law & Economics*, vol. III, out/1960, pp. 1-44.

¹⁹ FERNANDO ARAÚJO, *Teoria Econômica do Contrato*, Coimbra, Almedina, 2006, p. 284.

²⁰ BRUNO MEYERHOF SALAMA, *Análise Econômica da Arbitragem*, In, Luciano Timm, (org.), *Direito e economia no Brasil*, 2, ed, São Paulo, Atlas, 2014, p. 383.

casos, o custo de transação seria justamente a necessidade de monitoramento do cumprimento do contrato ou das funções do sócio, no caso de uma sociedade, e a eficácia dos remédios oferecidos pela lei ou pelo contrato/contrato social para o caso de inadimplementos de obrigações assumidas o pelo exercício de funções irregulares.

Assim, nas relações interpessoais em geral – e, especialmente, nos contratos internacionais – é natural a constatação de que haja diferença entre as informações de que os agentes dispõem. Tal circunstância, em regra, não acarreta qualquer patologia na condução dos negócios entre si – notadamente porque, ainda que se dispusessem a efetivamente partilhar a totalidade dessas informações, os custos envolvidos seriam de tal forma expressivos que, na prática, inviabilizariam a própria contratação²¹.

Tem-se que um dos mecanismos mais tradicionais para a revelação de informações é o próprio sistema de preços, embora nem sempre suficiente para a revelação total dos elementos necessários para a tomada de decisão pelos agentes no mercado. Para Rachel Sztajn²², o mecanismo de preços “produz ordem modelada por milhões de agentes econômicos, superior, portanto, àquela provinda do Estado que centraliza as informações”.

Nesse contexto, observa-se que as divergências entre informações detidas pelas partes envolvidas em relações negociais não deveria ser objeto de maior preocupação, muito menos por parte do Direito, já que fazem parte da dinâmica de mercado e, por assim dizer, das regras do jogo²³.

Todavia, existem casos particulares em que o *gap* informacional entre os contratantes, ainda que empresários, é de tal forma acentuado que, a bem da manutenção do equilíbrio contratual, justifica-se a intervenção – seja por parte do legislador ou do intérprete do Direito.

Uma hipótese é a *seleção adversa*, problema inicialmente constatado por George Akerlof²⁴ em 1970, no seu texto seminal *Market for Lemons*, no qual trata da questão a partir do mercado de carros usados nos Estados Unidos²⁵. Ao trabalhar com as ideias de *quality and uncertainty*, o autor constata que, mantida a substancial assimetria informacional entre as

²¹ Nesse sentido: “*The information you have is not the information you want. The information you want is not the information you need. The information you need is not the information you can obtain. The information you can obtain costs more than you want to pay*”. (Dito atribuído a autor desconhecido, referido por PETER L. BERNSTEIN, *Against the Gods: The remarkable story of risk*, Nova Iorque, John Wiley & Sons, 1996, p. 202).

²² RACHEL SZTAJN, *Sistema Financeiro: Entre Estabilidade e Risco*, Rio de Janeiro, Elsevier, 2010, [e.b].

²³ “Como em qualquer processo de decisão, a recolha de informação tem que ser interrompida num qualquer momento crítico – sob pena de, eternizando-se, impedir a ação que essa informação deveria servir. (...) A verdade é que, num certo sentido, a insuficiência informativa não chega a constituir um problema, pois das duas uma: ou o contrato sobrevive ao inacabamento informativo bilateral e à assimetria informativa (unilateral), ou não sobrevive – e neste segundo caso reverte, como sustentam os neoinstitucionalistas, para a solução informal e desestruturada do mercado que dispensa qualquer ‘*mechanism design*’, a menos que seja resgatada por uma iniciativa de integração vertical”. (FERNANDO ARAÚJO, *Teoria Económica do Contrato*, Coimbra, Almedina, 2006, pp. 282-283).

²⁴ GEORGE AKERLOF, *The Market for Lemons: Quality Uncertainty and the Market Mechanism*, in *The Quarterly Journal of Law and Economics*, v. 84, ed. 3, ago/1970, pp. 488-500.

²⁵ A expressão *lemons*, nos Estados Unidos, corresponde aos carros usados de baixa qualidade, a que referem-se SCALZILLI E SPINELLI como “abacaxis”, se traduzida para o português. (JOÃO PEDRO SCALZILLI, LUIZ FELIPE SPINELLI, A Racionalidade Económica do Combate ao *Insider Trading*: Assimétrica de Informação e Dano ao Mercado, in *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Económico e Financeiro*, n. 147, Ano XLVI, jul-set/2007, p. 50).

partes envolvidas na negociação, a tendência é a de que, com o tempo, o mercado tenda a diminuir e, em situação extrema, desaparecer²⁶.

Enquanto a seleção adversa geralmente ocorre por assimetria informacional *antes* da contratação, tem-se o outro lado da moeda – qual seja, o *risco moral* –, normalmente observado em razão da assimetria informacional depois da formação do contrato²⁷ (tornando-se especialmente presente nos contratos internacionais de longa duração, objeto do presente estudo).

O tema do risco moral (*moral hazard*) surgiu especialmente a partir das investigações acerca do contrato de seguro e suas implicações. Hoje, é tido como um problema universal e detectável nas mais diversas relações jurídicas, sendo certo que nas chamadas *relações de agência* – não raro estabelecidas em contratos internacionais – torna-se especialmente evidente²⁸.

Cooter e Ulen²⁹ referem o risco moral nas contratações de seguro e a tendência de, tendo as partes alocado o risco com a seguradora, ver-se que o segurado não adota as cautelas necessárias para que o dano objeto do contrato seja afastado ou, ao menos, minimizado.

Em outro exemplo, Gerhard Wagner³⁰ constata que nas relações entre empregador e empregado, nem sempre a aplicação da *full compensation* mostra-se eficiente, uma vez que agravaria o risco moral por parte do empregado que tenda a comportar-se de forma diferente do que faria caso tivesse de suportar os próprios riscos. O autor cita, exemplificativamente, a experiência do Reino Unido e da Holanda que adotaram um sistema misto de responsabilidade civil do empregador com um sistema geral de responsabilidade social – que, segundo ele, está longe de se apresentar como o modelo final a ser seguido, especialmente porque não afasta a possibilidade de ocorrência do *moral hazard*.

Por fim, mas não menos importante, tem-se os conflitos de agência relacionados dentre as falhas de mercado tradicionalmente atribuídas às situações de assimetria informacional. Em linhas gerais, o problema é verificado quando aquele que detém o poder para a tomada de decisões (agente) o faz em nome e por conta de quem efetivamente seja titular de direitos (principal), relação esta em que pode ser natural observar que os interesses de cada parte não estarem perfeitamente alinhados entre si – e que, por consequência, o agente nem

²⁶ "There are many markets in which buyers use some market statistic to judge the quality of prospective purchase. In this case there is incentive for sellers to market poor quality merchandise, since the returns for good quality accrue mainly to the entire group whose statistic is affected rather than to the individual seller. As a result there tends to be a reduction in the average quality of goods and also the size of the market. It should also be perceived that in these markets social and private returns differ, and therefore, in some cases, governmental intervention may arise to take advantage of the potential increases in welfare which can accrue to all parties". (GEORGE AKERLOF, *The Market for Lemons: Quality Uncertainty and the Market Mechanism*, in *The Quarterly Journal of Law and Economics*, v, 84, ed. 3, ago/1970, p. 488).

²⁷ "Different types of models appear when the informational asymmetry arises. We have a moral hazard problem when the informational asymmetry arises after the contract has been signed. There is adverse selection problem when the agent has private relevant information before the contract is signed". (INÉS MACHO-STADLER, J. DAVID PÉREZ-CASTRILLO, *The Economics of Information: Incentives and Contracts*, Translation by Richard Watt, Oxford University Press, 2001, p. 2).

²⁸ FERNANDO ARAÚJO, *Teoria Económica do Contrato*, Coimbra, Almedina, 2006, p. 287.

²⁹ ROBERT COOTER, THOMAS ULEN, *Law & Economics*, 6ª ed, Boston, Pearson, 2012, p. 48.

³⁰ GERHARD WAGNER, *Tort, Social Security, and no-fault schemes: lessons from real-world experiments*, in *Duke Journal of Comparative & International Law*, vol. 23, 2012, pp. 1-61.

sempre decida no sentido daquilo que é do melhor interesse do principal. Tal, sem dúvida, é a potencial situação da relação entre as partes nos contratos internacionais de longa duração.

Em 1976, Jensen e Meckling³¹, no seu texto *theory of the firm*, analisando a estrutura das corporações, identificaram o custo em que a relação de agência implica. Para os autores, como a relação de agência implica em custos (especialmente no sentido de reduzir a assimetria informacional e permitir ao principal o completo monitoramento das atividades do agente), torna-se virtualmente impossível reduzir o conflito a zero.

A relação entre agente e principal (e seus potenciais custos e conflitos) não está diretamente ligada a apenas um tipo contratual, como se poderia imaginar, por exemplo, da relação de mandato (embora nele também esteja presente). A questão já havia sido identificada a partir dos estudos de Berle e Means³² da década de 1930, em que identificavam as vicissitudes decorrentes da crescente pulverização do capital social das grandes sociedades anônimas e o poder atribuído aos administradores, evoluindo-se para o chamado *management control*.

Num cenário de contrato internacional, tais vicissitudes fazem-se especialmente presentes. Apesar da facilitação das telecomunicações nas últimas décadas, dispor de todas as informações (legais, de mercado, etc.) necessárias para a tomada de decisão quando da contratação em um sistema estrangeiro, ainda é significativamente mais custoso do que fazê-lo de forma doméstica.

Diante disso, a adoção de cláusulas de *hardship* adequadamente redigidas pelas partes apresenta-se como mecanismo eficiente para a revelação de informação no curso da contratação, reduzindo assim os custos de transação e os potenciais conflitos acima destacados.

4. A Cláusula de *Hardship* como Mecanismo Revelador de Informação e Redutor de Custos de Transação

Conforme já se destacou, a redução a termo da relação contratual de forma completa é virtualmente impossível. Não é crível – nem tampouco eficiente – prever-se todas os contratemplos futuros, pois a racionalidade humana é limitada e há assimetria de informações no mercado tanto doméstico quanto internacional.

Ocorre que a incompletude, inerente ao contrato, torna possível o advento de opções estratégicas nos relacionamentos contratuais, seja no sentido de explorar os meandros ou hiatos na regulação contratual, ou no sentido de levar uma das partes, ou ambas, a ponderar

³¹ MICHAEL JENSEN, WILLIAM MECKLING, *Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure*, in *Journal of Financial Economics*, out, 1976, v. 3, n. 4, pp. 305-360.

³² ADOLF BERLE, GARDINER MEANS, *The Modern Corporation and Private Property* (1932), New Brunswick, Transaction, 1997.

ex post os custos e benefícios do cumprimento e do descumprimento das obrigações emergentes do contrato³³.

Para a economia dos custos de transação, os problemas contratuais futuros são praticamente uma certeza. Desta forma, os agentes antecipam o seu acontecimento na forma de criar arranjos institucionais no contrato. Na dificuldade de desenhar contratos completos, as lacunas são inevitáveis³⁴. Desta forma, a cláusula de *hardship*, conforme aqui se propõe, é mecanismo eficiente para diminuir tais lacunas.

É fato que, nos contratos de longa duração, o tempo traz dificuldades inevitáveis à manutenção do equilíbrio contratual. Assim, natural a previsão de que, em uma relação contratual de décadas, certamente situações adversas ocorrerão que, possivelmente causem certo desequilíbrio contratual. Portanto, o que se sustenta é que as partes prezem por uma mutação normal das relações contratuais, na busca da retomada dos incentivos recíprocos.

Tudo isso passa por uma mudança de cultura, na qual a renegociação (ou revisão por parte do adjudicador) passa a ser vista não mais como instrumento de vilipêndio do contrato, mas antes da sua preservação, na esteira do que sustenta Guilherme Nitschke³⁵.

Diante disso, conquanto os Princípios da UNIDROIT já disponham sobre o direito da parte, em contratos internacionais, evocar a renegociação na hipótese de *hardship*, conforme já se viu, sustenta-se aqui que o mecanismo mais eficiente é o *design* de cláusula contratual que preveja tal situação. Isso trará segurança às partes não apenas no que diz respeito à efetiva imposição da renegociação, mas especialmente porque poderá prever com minúcia os contornos daquilo que venha a ser tido como de fato *imprevisível* e as consequências daí advindas.

O texto legal tem, propositalmente, uma tessitura aberta a ser melhor preenchida pelas próprias partes, conhecedoras do contexto da negociação – sem prejuízo, contudo, da possibilidade de inferir-se a obrigação de renegociar não diretamente da declaração contratual, mas também do comportamento das partes no curso da contratação³⁶.

³³ LUCIANO BENETTI TIMM, LUIZ GUSTAVO MEIRA MOSER, *O recurso aos usos e costumes na CISG: uma análise econômica*, in Ingeborg Schwenzer, et, al (coord), *A CISG e o Brasil: a convenção das Nações Unidas para os contratos de compra e venda internacional de mercadorias*, São Paulo, Marcial Pons, 2015, pp. 108-109.

³⁴ RACHEL SZTAJN, DECIO ZYLBERSZTAJN, *Direito e Economia*, Rio de Janeiro, Elsevier, 2005, p. 8.

³⁵ GUILHERME CARNEIRO MONTEIRO NITSCHKE, *Revisão, resolução, reindexação, renegociação: o juiz e o desequilíbrio superveniente de contratos de duração*, in *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 50, 2012, p. 141.

³⁶ "Ressalve-se, porém, que a declaração negocial é integrada, permanentemente, pelo comportamento das partes e pelos usos e práticas habituais no setor de mercado em que inscrita a relação contratual. Assim, mesmo que não prevista no instrumento contratual original, a obrigação de renegociar poderá ser inferida do conjunto dos elementos contratuais diretos ou circundantes do entorno contratual, com particular relevância o comportamento contratual, valorado à luz das 'circunstâncias do caso' privilegiadas pelo Código Civil como critério de interpretação e integração contratual". (JUDITH MARTINS-COSTA, *A Cláusula de Hardship e a Obrigação de Renegociar nos Contratos de Longa Duração*, in *Revista de Arbitragem e Mediação*, ano 7, n. 25, abr-jun. 2010, pp. 35-36).

5. Considerações conclusivas

O ensaio aqui realizado, muito longe de chegar qualquer conclusão definitiva, provocou a leitura da cláusula de *hardship*, a partir das suas implicações econômicas, permitindo identifica-la como mecanismo adequado para a manutenção de contratos, notadamente os de natureza internacional.

No cenário econômico-social contemporâneo, a liberdade de contratar cotejada com a segurança de estabelecer-se relações que perdurem, exige a consciência da virtual impossibilidade de estabelecer-se de antemão todas as intercorrências a serem verificadas durante a fase de execução do contrato. Nesse sentido, a cláusula de *hardship* mostra-se especialmente eficaz.

No curso da pesquisa, observou-se que a assimetria de informação entre empresários é natural e, em alguma medida, até desejável (tendo em vista que o custo para eliminá-lo pode ser ainda mais alto). Por esta razão os próprios deveres anexos decorrentes da boa-fé objetiva podem ser entendidos como mitigados nessas relações. Todavia, isso não pode conduzir à apologia de um *gap* informacional muito grave entre os contratantes, já que tal situação é patológica e definida pela análise econômica do direito como verdadeira falha de mercado.

Tendo em conta que a assimetria de informação pode não existir (ou, ao menos, não se revelar) quando da formação do contrato, observa-se que a cláusula de *hardship* desempenha um papel fundamental como ferramenta apta a incentivar as partes a revelarem informações já na fase de execução do contrato, notadamente quando adversidades se apresentam.

Referências

AKERLOF, GEORGE, “The Market for Lemons: Quality Uncertainty and the Market Mechanism”, in *The Quarterly Journal of Law and Economics*, v. 84, ed. 3, ago/1970.

ARAÚJO, FERNANDO, *Teoria Económica do Contrato*. Coimbra, Almedina, 2006.

ARAUJO, NÁDIA DE, *Contratos Internacionais: autonomia da vontade, mercosul e convenções internacionais*, 4. ed. Rio de Janeiro, Renovar, 2009.

BERLE, ADOLF / MEANS, GARDINER, *The Modern Corporation and Private Property* (1932), New Brunswick, Transaction, 1997.

BERNSTEIN, PETER L., *Against the Gods: The remarkable story of risk*, Nova Iorque, John Wiley & Sons, 1996.

BRASIL. Decreto n. 8.327, de 16 de outubro de 2014. Promulga a Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias - Uncitral, firmada

pela República Federativa do Brasil, em Viena, em 11 de abril de 1980. in *DOU*, 17 out, 2014.

BRUNNER, CRISTOPH, *Force majeure and hardship under general contract principles: exemption for non-performance in international arbitration*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2009.

COASE, RONALD, “The Problem of Social Cost”, in *The Journal of Law & Economics*, vol. III, out/1960.

COOTER, ROBERT/ ULEN, THOMAS, *Law & Economics*, 6ª ed. Boston, Pearson, 2012.

DELACOLLETE, JEAN, *Les Contrats de commerce internationaux*, De Boeck & Larcier, Bruxelas, 1986.

FORGIONI, PAULA, *Teoria Geral dos Contratos Empresariais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009.

INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE UNIFICATION OF PRIVATE LAW – UNIDROIT, *Unidroit Principles*, Roma, UNIDROIT, 2010.

JENSEN, MICHAEL / MECKLING, WILLIAM, “Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure”, in *Journal of Financial Economics*, out, 1976, v. 3, n. 4.

MACHO-STADLER, INÉS / PÉREZ-CASTRILLO, J. DAVID, *The Economics of Information: Incentives and Contracts*, Translation by Richard Watt, Oxford University Press, 2001.

MACNEIL, IAN, “Contracts: adjust of long-term economic relations under classical, neoclassical and relational contract law”, in *Northwestern University Law Review*, vol. 72, n. 6.

MARTINS-COSTA, JUDITH, “A Cláusula de Hardship e a Obrigação de Renegociar nos Contratos de Longa Duração”, in *Revista de Arbitragem e Mediação*, ano 7, n. 25, abr-jun, 2010.

MELO, JAIR SILVA, *Contratos internacionais e cláusulas hardship*, São Paulo, Aduaneiras, 1999.

NITSCHKE, GUILHERME CARNEIRO MONTEIRO, “Revisão, resolução, reindexação, renegociação: o juiz e o desequilíbrio superveniente de contratos de duração”, in *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 50, 2012.

PEREIRA, LUCIANO DE ALMEIDA, “Axiologia Principiológica do UNIDROIT”, in Finkelstein, Claudio, et al, *Arbitragem Internacional, UNIDROIT, CISG e o Direito Brasileiro*, São Paulo, Quartier Latin, 2010.

RODRIGUEZ, AURORA HERNANDEZ, “Los Contratos Internacionales de Construcción llave em mano in Contratos Internacionales” in Afonso Caravaca, et al. *Derecho Mercantil Internacional*. Madrid, Tecnos, 1997.

SALAMA, BRUNO MEYERHOF, “Análise Econômica da Arbitragem”, in TIMM, Luciano (org.), *Direito e economia no Brasil*, 2. ed. São Paulo, Atlas, 2014.

SCALZILLI, JOÃO PEDRO / SPINELLI, LUIZ FELIPE, “A Racionalidade Econômica do Combate ao *Insider Trading*, Assimetria de Informação e Dano ao Mercado”, in *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, n. 147, Ano XLVI, jul-set/2007.

SMITH, ADAM, *The Wealth of Nations*, Lausanne, MetaLibri, 2007 [original de 1776].

SZTAJN, RACHEL / ZYLBERSZTAJN, DECIO, *Direito e Economia*, Rio de Janeiro, Elsevier, 2005.

SZTAJN, RACHEL / ZYLBERSZTAJN, DECIO, *Sistema Financeiro: Entre Estabilidade e Risco*, Rio de Janeiro, Elsevier, 2010. [e.b].

TIMM, LUCIANO BENETTI / MOSER, LUIZ GUSTAVO MEIRA, “O recurso aos usos e costumes na CISG, uma análise econômica”, in Schwenzer, Ingeborg, et, al (coord), *A CISG e o Brasil: a convenção das Nações Unidas para os contratos de compra e venda internacional de mercadorias*, São Paulo, Marcial Pons, 2015.

UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW, *United Nations Convention for the International Sales of Goods* (CISG), United Nations, Viena, 1980.

URIBE, RODRIGO MOMBERG, “Compraventa Internacional De Mercaderías, El Deber De Renegociación En Caso De Excesiva Onerosidad Sobrevenida”, in *Revista Chilena de Derecho Privado*, n. 18, jul, 2012.

WAGNER, GERHARD, “Tort, Social Security, and no-fault schemes: lessons from real-world experiments”, in *Duke Journal of Comparative & International Law*, vol. 23, 2012.

(texto submetido a 22.02.2017 e aceite para publicação a 5.04.2017)