

**REVISTA SEMESTRAL DE
DIREITO EMPRESARIAL**

Nº 31

Publicação do Departamento de Direito Comercial e do Trabalho
da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Rio de Janeiro
Julho / Dezembro de 2022

Publicação do Departamento de Direito Comercial e do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

EDITORES: Sérgio Campinho (Graduação, UERJ, Brasil) e Mauricio Moreira Menezes (Doutor, UERJ, Brasil).

CONSELHO EDITORIAL: Alexandre Ferreira de Assumpção Alves (Doutor, UERJ, Brasil), Ana Frazão (Doutora, UNB, Brasil), António José Avelãs Nunes (Doutor, Universidade de Coimbra, Portugal), Carmen Tiburcio (Doutora, UERJ, Brasil), Fábio Ulhoa Coelho (Doutor, PUC-SP, Brasil), Jean E. Kalicki (Doutor, Georgetown University Law School, Estados Unidos), John H. Rooney Jr. (Doutor, University of Miami Law School, Estados Unidos), Jorge Manuel Coutinho de Abreu (Doutor, Universidade de Coimbra, Portugal), Luiz Edson Fachin (Doutor, UFPR, Brasil), Marie-Hélène Monsérié-Bon (Doutora, Université Paris 2 Panthéon-Assas, França), Paulo Fernando Campos Salles de Toledo (Doutor, USP, Brasil), Peter-Christian Müller-Graff (Doutor, Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg, Alemanha) e Werner Ebke (Doutor, Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg, Alemanha).

CONSELHO EXECUTIVO: Carlos Martins Neto (Doutorado em andamento, UERJ, Brasil) e Mariana Pinto (Doutora, UERJ, Brasil). Guilherme Vinseiro Martins (Doutorado em andamento, UFMG, Brasil), Leonardo da Silva Sant'Anna (Doutor, FIOCRUZ, Brasil), Livia Ximenes Damasceno (Mestre, Centro Universitário Christus, Brasil), Mariana Campinho (Mestre, Columbia Law School, Estados Unidos), Mariana Pereira (Pós-graduada, UERJ, Brasil), Mauro Teixeira de Faria (Doutorado em andamento, UERJ, Brasil), Nicholas Furlan Di Biase (Mestrado em andamento, UERJ, Brasil) e Rodrigo Cavalcante Moreira (Mestre, UERJ, Brasil).

PARECERISTAS DESTES NÚMEROS: Carlos Eduardo Koller (Doutor, PUC-PR, Brasil), Fabrício de Souza Oliveira (Doutor, UFJF, Brasil), Fernanda Versiani (Doutora, UFLA, Brasil), Filipe Medon (Doutorado em andamento, UERJ, Brasil), Gerson Branco (Doutor, UFRS, Brasil), Jacques Labrunie (Doutor, PUC-SP, Brasil), Marcelo Lauar Leite (Doutor, UFRSA, Brasil), Maíra Fajardo (Doutorado em andamento, UFJF, Brasil), Pedro Wehrs do Vale Fernandes (Doutorado em andamento, UERJ, Brasil), Raphaela Magnino Rosa Portilho (Doutora, UERJ, Brasil), Ricardo Villela Mafra Alves da Silva (Doutor, UERJ, Brasil), Rodrigo da Guia Silva (Doutor, UERJ, Brasil), Thalita Almeida (Doutora, UERJ, Brasil), Vitor Butruce (Doutor, UERJ, Brasil) e Uinie Caminha (Doutora, UNIFOR, Brasil).

Contato: Av. Rio Branco, nº 151, grupo 801, Centro – Rio de Janeiro-RJ. CEP: 20.040-006. E-mail: rsde@rsde.com.br ou conselho.executivo@rsde.com.br. Telefone (21) 3479-6100.

PATROCINADORES:



ISSN 1983-5264

CIP-Brasil. Catalogação-na-fonte
Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ.

Revista semestral de direito empresarial. — n° 31 (julho/dezembro 2022)
. — Rio de Janeiro: Renovar, 2007-.

v.

UERJ
Campinho Advogados
Moreira Menezes, Martins Advogados

Semestral

1. Direito — Periódicos brasileiros e estrangeiros.

94-1416.

CDU — 236(104)



Obra Licenciada em Creative Commons
Atribuição - Uso Não Comercial - Compartilhamento
pela mesma Licença

A INCLUSÃO DAS CLÁUSULAS DE HARDSHIP NOS CONTRATOS EMPRESARIAIS SOB A PERSPECTIVA DA ECONOMIA COMPORTAMENTAL¹

THE INCLUSION OF HARDSHIP CLAUSES IN BUSINESS CONTRACTS FROM A BEHAVIORAL ECONOMICS PERSPECTIVE

*Marcia Carla Pereira Ribeiro**

*Luana Gabriela Dalmut***

Resumo: Nas relações contratuais interempresariais nacionais e sobretudo nas internacionais, existe uma preocupação com a ocorrência de fatos imprevisíveis no momento da celebração do contrato que possam prejudicar fundamentalmente a sua execução, sejam eles em qualquer âmbito, direta ou indiretamente. Sob as premissas dos institutos da análise econômica do direito e da economia comportamental, mais especificamente sobre as heurísticas, vieses e oportunismo dos agentes, o artigo tem por finalidade analisar a possibilidade de, diante das incertezas incorridas no decurso do tempo do contrato, os contratantes adotem na elaboração do contrato cláusulas contratuais, chamadas de cláusulas de *hardship*, que obriguem os contratantes a renegociar as prestações do contrato afetado por esses fatos supervenientes até que seja restabelecido o equilíbrio contratual. O método de pesquisa utilizado foi o dedutivo, desenvolvido por meio de revisão bibliográfica. Como resultado, é possível vislumbrar que

1 Artigo enviado em 15.07.2022 e aceito em 01.11.2022.

* Professora Titular de Direito Societário PUC-PR. Professora Titular de Direito Empresarial da Universidade Federal do Paraná - UFPR. Pós-doc pela FGV-SP, pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e pela Université Paris 1 Panthéon Sorbonne. Advogada e Árbitra. Orcid: <http://orcid.org/0000-0001-7540-5406>. E-mail: marcia.ribeiro@pucpr.br

** Mestranda em Direito Econômico e Desenvolvimento pela PUCPR. Advogada. Integrante do Grupo de Estudos em Análise Econômica do Direito da PUC-PR. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2686921756292458>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-6899-7087>. E-mail: luanagdalmut@hotmail.com

mesmo havendo um evento que altere fundamentalmente o equilíbrio contratual é possível, por meio de cláusulas de *hardship* bem redigidas, incentivar as partes a renegociarem o contrato e evitar o comportamento oportunista de rescisão do contrato e de esquiva das obrigações acordadas. Permite, portanto, incentivos de cooperação entre os contraentes, redução nos custos de uma possível litigância jurídica, e maior confiança na relação contratual, além de priorizar a função econômica do contrato.

Palavras-chave: Cláusulas de *hardship*. Imprevisão. Economia comportamental. Heurísticas. Contratos empresariais.

Abstract: In national and especially in international contractual relations, there is a concern with the occurrence of unpredictable facts at the time of the contract's conclusion that may fundamentally harm its performance, whether in any scope, directly or indirectly. Under the premises of the economic analysis of law and behavioral economics institutes, more specifically on the heuristics, biases and opportunism of agents, the purpose of this article is to analyze the possibility that, in the face of the uncertainties incurred during the course of the contract, contracting parties may adopt contractual clauses, called hardship clauses, that oblige contracting parties to renegotiate the benefits of the contract affected by these supervening events until the contractual balance is reestablished. The research method used was deductive, developed through a literature review. As a result, it is possible to glimpse that even in the event of an event that fundamentally changes the contractual balance, it is possible, by means of well-written hardship clauses, to encourage the parties to renegotiate the contract and avoid opportunistic behavior of contract termination and avoidance of agreed obligations. It allows, therefore, incentives for cooperation between the contracting parties, reduction in the costs of possible legal litigation, and greater confidence in the contractual relationship, in addition to prioritizing the economic function of the contract.

Keywords: Hardship Clauses. Unpredictability. Behavioral Economics. Heuristics. Business Contracts.

Sumário: Introdução. 1. Análise econômica do direito e economia comportamental. 2. Cláusulas de *hardship*. 3. Análise da inclusão das cláusulas de *hardship* sob a perspectiva da economia comportamental. Conclusão.

Introdução.

As cláusulas de *hardship*, que podem ser associadas à teoria da imprevisão prevista no Código Civil Brasileiro, tem despertado interesse na doutrina e no mercado, principalmente a partir da pandemia do COVID-19 que provocou abalos e exigiu negociação em diversos contratos interempresariais, nacionais e internacionais.

O artigo analisa, com base nos institutos da Economia Comportamental, tomada como vertente da análise econômica do direito, os efeitos que essas cláusulas trazem potencialmente para os contratos.

Para tanto é necessário compreender que a Economia Comportamental é um ramo da Análise Econômica do Direito que, dentre outros aspectos, estuda os vieses² e heurísticas que influenciam na tomada de decisão e como os agentes tentam maximizar sua utilidade.

As relações contratuais nacionais e internacionais se sujeitam a uma série de eventos imprevisíveis no momento da celebração do contrato, que podem influenciar diretamente na sua execução do mesmo, sejam esses eventos políticos, sociais, econômicos ou até mesmo naturais. Com o intuito de atenuar as externalidades, principalmente nos contratos de longa duração, as cláusulas de *hardship* podem ser um mecanismo útil ao possibilitar a inserção de formas de

2 Apesar de existir algumas variações de vieses, neste trabalho optou-se por desenvolver apenas o viés cognitivo.

renegociação caso alguma das partes encontre uma dificuldade, causada por um fato superveniente, para o cumprimento de suas obrigações contratuais.

No entanto, nem sempre as partes contratantes tomarão decisões racionais quando da elaboração e aplicação dessas cláusulas, e é neste ponto que podem auxiliar os estudos da Análise Econômica do Direito e da Economia Comportamental, que por meio do reconhecimento da racionalidade limitada, heurísticas, vieses e oportunismo, trazem uma provável explicação sobre as motivações no processo de tomada de decisões dos contratantes.

Destaca-se que o método de pesquisa utilizado foi o dedutivo, desenvolvido por meio de revisão bibliográfica. O artigo apresenta e contextualiza as cláusulas de *hardship* sob a perspectiva da Economia Comportamental.

Para tanto, foi dividido em 5 partes. Além desta introdução, o item 1 apresenta a Análise Econômica do Direito e a Economia Comportamental, sob a perspectiva dos institutos da racionalidade limitada, heurísticas e vieses. O item 2 desenvolve a temática das cláusulas de *hardship*, seu enquadramento legal e características. No item 3 há uma proposta de análise das cláusulas de *hardship* sob a perspectiva da Economia Comportamental. Por fim, no último tópico apresenta-se a conclusão do artigo.

1. Análise econômica do direito e economia comportamental.

O Direito é uma ciência social voltada à regulação dos comportamentos humanos, já a economia analisa a tomada de decisão das pessoas diante da escassez dos recursos.³ A interseção dessas

3 SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é pesquisa em Direito e Economia, *Cadernos Direito GV*, v. 5, n. 22. São Paulo: FGV Direito, 2008. Disponível em [Works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama](https://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama). Acesso em: 21 jul. 2021. p. 2.

duas ciências proporcionou um enorme desenvolvimento na aplicação do Direito, visto que possibilita um novo modo de pensar sobre a criação das normas e a previsão de suas consequências. Sendo assim, a partir da Análise Econômica do Direito (AED), tem-se uma nova concepção de estudo dos comportamentos sociais sob a ótica das normas e dos incentivos.

Ronald Coase foi um dos pioneiros no desenvolvimento de estudos a partir da Análise Econômica do Direito, na obra *The problem of the social cost*, o autor parte de uma situação hipotética de ausência de custos de transação (custos de negociação), de partes perfeitamente informadas, dotadas de plena racionalidade num ambiente de concorrência perfeita.⁴ Trata-se de um cenário hipotético que provocou várias reflexões quer seja de parte do autor, quer seja por outros estudiosos dos fenômenos sociais.

Já havia sido Ronald Coase o autor de outro estudo, que veio a se firmar como um importante marco teórico na década de 30, mais especificamente em 1937 com a publicação da obra *The Nature of the Firm*. Apesar de entender que os custos de transação zero seriam algo fora da realidade, Coase defende que o quanto mais próximo deste cenário, mais eficiente seria a transação dos agentes.⁵ Além disso, conclui que existem custos na própria utilização do mercado, seriam, por exemplo, os custos de negociação, custo de informação sobre o produto e sobre a outra parte do contrato, custo de redigir os contratos, entre outros⁶ que compõem o conceito de custos de transação.

O conjunto das premissas apresentadas por Coase, aliadas ao

4 KLEIN, Vinicius. *Teorema de Coase*. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (Coord.). *O que é análise econômica do direito: uma introdução*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 72.

5 PORTO, Antônio Maristrello; GAROUPA, Nuno. *Curso de Análise Econômica do Direito*. São Paulo: Atlas, 2020. p. 172.

6 COASE, R. H. *The Nature of the Firm*. *Econômica*. Chicago, v. 4. p. 386–405, nov. 1937.

trabalho doutrinário desenvolvido de forma destacada pela doutrina norte americana, compõem a base da escola denominada de Nova Economia Institucional que oferece uma abordagem econômica das instituições.⁷ Desde então, o estudo da Economia juntamente com o Direito ganhou força.

Segundo N. Gregory Mankiw a economia é o estudo da forma pela qual a sociedade administra seus recursos escassos,⁸ e, portanto, a escassez leva a que os indivíduos e entes sociais realizem escolhas e incorram em trocas num ambiente em que nem todos os desejos poderão ser atendidos, seja em razão da limitação de oferta, seja em razão dos custos.⁹

No campo da escassez, ponderou-se ainda, como o faz Lionel Robbins que a própria proteção de direitos consome recursos, conseqüentemente, os direitos são custosos, o que pode afastar em determinadas circunstâncias seu sentido prático.¹⁰

No cotejo entre as premissas do Direito e da Economia, Fernando Araújo chama a atenção para o fato de que a racionalidade estudada na ciência econômica é essencialmente procedimental e geralmente não analisa o plano dos fins, fator esse indissociável ao pensamento jurídico, o que leva a concluir que a Economia não faz uma ponderação minuciosa dos custos e benefícios associados à totalidade de opções.¹¹ Neste sentido, George Stigler, inclusive, definiu o

7 PIMENTA, Eduardo Goulart; LANA, Henrique Avelino R. P. Análise econômica do direito e sua relação com o direito civil brasileiro. *Rev. Fac. Direito UFMG*, Belo Horizonte, n. 57, p. 85-137, jul./dez. 2010. p. 90.

8 GREGORY, Mankiw, N. *Introdução à economia*: princípios de micro e macroeconomia. Rio de Janeiro. Elsevier: 2001. p. 5.

9 SALAMA, Bruno M. *Estudos em Direito & Economia micro, macro e desenvolvimento*. Curitiba: Editora Virtual Gratuita, 1ª ed., p. 1-248, nov. 2017. p. 23.

10 ROBBINS, Lionel. An Essay on the Nature and Significance of Economic Science. *The Concise Encyclopedia of Economics*, Londres, 1ª ed. p. 1-156, 1932.

11 ARAÚJO, Fernando. *Teoria Econômica do Contrato*: Introdução à Economia. Coimbra: Almedina, 2012, p. 28-29.

princípio da otimização, o qual entende que a escolha da conduta vai ser aquela que conduza à máxima diferença entre custos e benefícios.

A *Behavioral Law Economics* (BLE) é uma vertente da Análise Econômica do Direito que introduziu a psicologia na economia, visto que avalia a tomada de decisão dos indivíduos sob o prisma da incerteza. Para os behavioristas os indivíduos, no mundo real, possuem uma racionalidade e um poder de escolha limitado, ainda que informação limitada seja diferente de irracionalidade.¹²

A informação limitada está na real ausência de informação ou em excesso de informações que dificultem o poder decisório do agente. Por outro lado, a irracionalidade se apresenta na falta de capacidade de decisão. Para os autores behavioristas, os agentes econômicos levam em consideração um valor subjetivo de ganho, valorizam de maneira diferente perdas e ganhos de uma mesma grandiosidade.¹³

Nessa perspectiva, um dos estudos da Economia Comportamental, refere-se à maximização racional, ou seja, a que os indivíduos fazem escolhas embasadas em seus interesses pessoais.

A teoria da maximização racional parte da premissa que os indivíduos fazem cálculos no processo de decisão com o intuito de alcançar maiores benefícios por menores custos.¹⁴

Richard Posner defende, inclusive, que com exceção das crianças e dos que tem retardo mental, todas as pessoas são maximiza-

12 POSNER, Richard. Rational Choice, Behavioral Economics, and the Law. Stanford: *Stanford Law Review*, Chicago, v. 50, n. 1551, p. 1551-1575, mai. 1998. p. 1573.

13 PAIVA, Fabiana Silva. *O processo de decisão sob a perspectiva da economia comportamental e da neurociência*. 104 f. 2013. Dissertação (Mestrado). Instituto Superior de Contabilidade e Administração de Lisboa. Lisboa, 2013.

14 POSNER, Richard A. *Problemas de Filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 473-474.

doras racionais de bem-estar.¹⁵ Além disso, parte do pressuposto de que o comportamento humano se insere em um cenário de racionalidade limitada, afetada que é por uma série de vieses e heurísticas.¹⁶ Indo, portanto, ao encontro do que se estuda sobre racionalidade limitada dentro da Economia Comportamental.

As heurísticas podem ser entendidas como atalhos mentais para examinar informações e tomar decisões, “[...] são baseadas em crenças sobre a probabilidade de eventos incertos, como o resultado de uma eleição, a culpa de um réu ou o valor futuro do dólar”.¹⁷ Reduzem a complexidade das tarefas de fazer estatísticas e predizer respostas a operações de julgamentos.¹⁸ No entanto, apesar de serem úteis, podem levar a erros severos.

Dentre as heurísticas, destacam-se três categorias, sendo elas: as heurísticas de disponibilidade, de ancoragem e de representatividade. A disponibilidade entende que as pessoas tendem a avaliar a probabilidade de determinado evento pela facilidade com que essas situações são trazidas as suas mentes.¹⁹ Como bem define Cesar Santolim, a segunda, ou seja, a ancoragem refere-se a ideia de que quando as pessoas precisam decidir sobre estimativas elas tendem a ajustar a resposta com base em algum valor já pré-conhecido que lhe servirá de âncora. E a representatividade é influenciada pela

15 POSNER, Richard A. *The Economics of Justice*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1983.

16 SANTOLIM, Cesar. Behavioral Law and Economics e a Teoria dos Contratos. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Lisboa, nº 3, p. 407-430, 2015, p. 408

17 TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. Judgment under uncertainty: heuristics and biases. *Science, new series*, Cambridge, v. 185, p. 1124-1131, 27 set. 1974.

18 TONETTO, Leandro Miletto; KALLIL, Lisiane Lindenmeyer; MELO, Wilson Vieira; SCHNEIDER, Daniela Di Giorgio e STEIN, Lilian Milnitsky. O papel das heurísticas no julgamento e na tomada de decisão sob incerteza. *Estudos de Psicologia*, Campinas, v. 23, n. 2, abr./jun, p. 181-189, p. 182.

19 TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. *Op. Cit.*

alta probabilidade de ocorrer um fato quando é típico de uma situação.²⁰

Principalmente a decisão baseada na probabilidade, relativa à heurística da representatividade, leva as pessoas a cometerem sérios erros, visto que provoca a desconsideração de fatores ou informações importantes, que poderiam afetar a definição da hipótese.²¹

Neste sentido, difere-se heurísticas de vieses, na medida que as heurísticas são estratégias mentais específicas que podem ser usadas para resolver questões específicas, já os vieses cognitivos²² se relacionam às influências que interferem na escolha das pessoas.²³

O viés confirmatório, como definido por Scott Plous, se refere a uma preferência por informações que sejam baseadas em uma hipótese que confirme suas crenças e não que seja a elas oposta.²⁴ No entanto, isso pode levar as pessoas a cometerem falhas justamente por apenas focar na hipótese que lhe convém. Neste sentido, Nassim Nicholas Taleb aponta que qualquer pessoa que procure confirmações encontrará um número suficiente delas para se auto enganar ou enganar outra pessoa.²⁵

20 SANTOLIM, Cesar. Behavioral Law and Economics e a Teoria dos Contratos, *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Lisboa, nº 3, p. 407-430, 2015. p. 413.

21 GOULART, Bianca Bez. Análise Econômica da Litigância: entre o modelo da escolha racional e a economia comportamental. *Dissertação de mestrado profissional* – Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Florianópolis, 2018. p. 73.

22 Assim como as heurísticas, existem alguns tipos de definições de vieses, porém neste artigo será abordado apenas o viés confirmatório e otimista.

23 PIATELLI-PALMARINI, Massimo. *Inevitable illusions: how mistakes of reason rule our minds*. New York: John Wiley & Sons, 1994. p. 128.

24 PLOUS, Scott. *The psychology of judgment and decision making*. New York: McGraw-Hill, 1993. p. 217.

25 TALEB; Nassim Nicholas. *A lógica do cisne negro: o impacto do altamente improvável*. Rio de Janeiro: BestSeller, 2009. p. 27.

Já o viés otimista é entendido como a capacidade de evitar pensamentos catastróficos de forma eficaz.²⁶ Esse viés faz com que as pessoas desconsiderem as chances de sofrer alguma tragédia ou revés em suas vidas como, por exemplo se envolver em um acidente automobilístico, ser vítima do cometimento de um crime ou adquirir alguma doença,²⁷ ou até mesmo, ser prejudicada na execução contratual por qualquer dificuldade que possa aparecer.

Desta forma, entende-se que as bases da Análise Econômica do Direito, e, em especial a proposta da Economia Comportamental se completam e fazem compreender o universo que envolve uma negociação, inclusive questões internas na tomada de decisão individual. Não seria, portanto, diferente, ao se analisar a implementação das cláusulas de *hardship* nos contratos e seus potenciais impactos.

2. Cláusulas de *Hardship*.

A ideia de que o contrato se protraí em um lapso temporal que nem sempre é caracterizado pela estabilidade do contexto no qual está inserido, pode trazer reflexos na execução do contrato, afinal este está sujeito à eventos que podem criar dificuldades para executá-lo,²⁸ seja por guerras, pandemias, desastres naturais, crises, entre outros fatores.

Em contratos de longa duração, os efeitos dessa alteração de fatores ou dificuldade, podem ser danosos por afetar o equilíbrio das

26 SELIGMAN, Martin E. P.; VERKUIL, Paul R.; KANG, Terry H. Why lawyers are unhappy. *Deakin Law Review*, Nova Iorque, v. 10, n. 1, p. 49-66, 2005. Disponível em: <http://www.myasistplan.com/Content/LSUC/Articles/WhyLawyersareUnhappy.pdf>.

27 GOULART, Bianca Bez. Análise Econômica da Litigância: entre o modelo da escolha racional e a economia comportamental. *Dissertação de mestrado profissional* – Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Florianópolis, 2018. p. 94.

28 FABRE, Régis. Les clauses d'adaptation dans les contrats, *Revue trimestrielle de droit civil*, Paris, Sirey, n. 1, p. 1-30, jan./mar. 1983.

prestações, acarretando inadimplementos ou a tomada de condutas oportunistas.²⁹

Principalmente no direito contratual internacional, o cenário de incertezas se intensifica ainda mais em razão da complexidade na elaboração de contratos com partes oriundas de países diversos ou que produzirão efeitos sujeitos a leis, usos e costumes distintos. Essa relação contratual entre empresas ou particulares sujeitam-se a inseguranças pautadas em diferentes âmbitos. Por exemplo, uma retaliação política entre países pode afetar diretamente uma relação contratual privada, assim como uma pandemia, que seria um problema de saúde pública, pode afetar contratos privados.

Uma maneira de se tentar contornar essas inseguranças é por meio da adoção das cláusulas de *hardship* nos contratos. Neste contexto, as cláusulas de *hardship*³⁰ *se encaixam por de antemão previrem adequações do contrato com o intuito de preservar o equilíbrio das prestações entre os contratantes.*

Mauricio Almeida Prado, define *hardship* como:

O remédio jurídico aplicado às situações onde a ocorrência de fatos ou eventos, razoavelmente imprevisíveis (quando da conclusão do contrato) e fora do controle das partes, perturba o equilíbrio do contrato, seja pelo aumento dos custos de sua execução, seja pela redução do valor da contraprestação.³¹

29 GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin. *Contrato e a sua conservação: lesão e cláusula de hardship*. Curitiba: Juará, 2008. p. 175.

30 O termo *hardship* em inglês significa: dificuldade, privação, segundo HORNBY, Albert Sydney. *Dicionário Oxford*. Chicago: Oxford University, 2002. p.449.

31 PRADO, Mauricio Almeida. Novas perspectivas do reconhecimento e aplicação do *hardship* na jurisprudência arbitral internacional. *Revista Brasileira de Arbitragem*, São Paulo, n. 2, v. 1, p. 32-60, abr./jun. 2004. p. 40.

A aplicação dessas cláusulas é contemplada tanto no sistema de *soft laws*, como por *hard laws*, neste último se enquadra a previsão da opção das partes em celebrar um contrato amparado na Convenção de Viena sobre Contratos de Compra e Venda de Mercadorias (CISG).

A Convenção de Viena sobre Contratos de Compra e Venda de Mercadorias (CISG), que entrou em vigor no Brasil em 1º de abril de 2014, compatibiliza-se com a adoção das cláusulas de *hardship*, mesmo que indiretamente, visto que não é expresso o termo *hardship*. O artigo 79³² na seção IV que dispõe sobre a exclusão de responsabilidade desta Convenção é um exemplo. Além disso, no artigo 7 (2), é confirmada a aplicação subsidiária dos princípios gerais que inspiram as regras de direito internacional privado, aí contemplados os princípios da UNIDROIT.³³

A caracterização de *hardship* vem justamente dos Unidroit

32 Artigo 79) 1) Nenhuma das partes será responsável pelo inadimplemento de qualquer de suas obrigações se provar que tal inadimplemento foi devido a motivo alheio à sua vontade, que não era razoável esperar fosse levado em consideração no momento da conclusão do contrato, ou que fosse evitado ou superado, ou ainda, que fossem evitadas ou superadas suas consequências.

(2) Se o inadimplemento de uma das partes for devido à falta de cumprimento de terceiro por ela incumbido da execução total ou parcial do contrato, esta parte somente ficará exonerada de sua responsabilidade se:

(a) estiver exonerada do disposto no parágrafo anterior; e

(b) o terceiro incumbido da execução também estivesse exonerado, caso lhe fossem aplicadas as disposições daquele parágrafo.

(3) A exclusão prevista neste artigo produzirá efeito enquanto durar o impedimento.

(4) A parte que não tiver cumprido suas obrigações deve comunicar à outra parte o impedimento, bem como seus efeitos sobre sua capacidade de cumpri-las. Se a outra parte não receber a comunicação dentro de prazo razoável após o momento em que a parte que deixou de cumprir suas obrigações tiver ou devesse ter tomado conhecimento do impedimento, esta será responsável pelas perdas e danos decorrentes da falta de comunicação.

(5) As disposições deste artigo não impedem as partes de exercer qualquer outro direito além da indenização por perdas e danos nos termos desta Convenção.

33 URIBE, Rodrigo Momberg, Compraventa Internacional De Mercaderías: El Deber De Rene-negociación En Caso De Excesiva Onerosidad Sobrevenida. *Revista Chilena de Derecho Privado*, Valdivia, n. 18, p. 95-119, jul. 2012. p. 100.

Principles of International Commercial Contracts – UPICC, cujo item 6.2.2³⁴ define que em regra a *hardship* compatibiliza-se com eventos que alterem substancialmente o equilíbrio contratual, alteração essa que varia a depender de cada caso concreto.

Esses princípios têm caráter de *soft law*, ou seja, expressam um processo de produção de padrões normativos que regulam comportamentos sociais, mas que não possuem caráter vinculativo e não estão associados a sanções jurídicas.³⁵ Entretanto, ainda assim possuem extrema relevância, afinal a utilização desses instrumentos de *soft law* estabelece diretrizes para uma posterior transformação em regras juridicamente vinculativas,³⁶ as *hard laws*.

Portanto, mesmo que a ideia de *hardship* tenha se originado em uma *soft law*, hoje essas cláusulas são dotadas de força no direito contratual internacional.

Como nem todas as legislações admitem expressamente a possibilidade de revisão do vínculo contratual, cabe aos contratantes elaborarem uma forma de preservar o contrato, baseados em justiça contratual³⁷ e, é claro, na boa-fé dos contratantes.

34 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

35 NEVES, M. S. *Soft Law*. In: NASSER, S. H. *Fontes e Normas do Direito Internacional: Um Estudo sobre a Soft Law*. São Paulo: Atlas, 2006. p. 251.

36 CIHANGIR, N. The Role of Soft Law and The Interplay Between Soft Law and Hard Law in the Context of International Human Rights. *Law & Justice Review*, Malangue, Ed. 14, p. 201-219, 2017. p. 204.

37 GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin. SANTOS, Thaysa Prado Ricardo. A cláusula de hardship e o equilíbrio contratual – uma fórmula de justiça e democracia contratual?. In: GOMES, Eduar-

Para Judith Martins Costa, essa cláusula não poderia ter efeito determinador automático, mas sim propiciar uma renegociação.³⁸ Além disso, ao que se refere à boa-fé e à liberdade contratual a autora entende que o contrato é entendido com uma “conjugação entre consensos” e, portanto, demanda atenção no momento da formação do contrato,³⁹ de forma a que seja estabelecido o equilíbrio das parcelas contratuais.

Sendo assim, as principais vantagens das cláusulas de *hardship* são: a capacidade de viabilizar a manutenção do vínculo contratual e de gerar essa aproximação flexível para renegociação. Neste sentido Leonardo Gomes de Aquino, sintetiza:

Confrontando os diversos conceitos, bem como o principal objectivo da cláusula de hardship, poderemos entendê-la como sendo o dever dos contratantes de renegociar o contrato quando surgir um acontecimento fundamental que cause um desequilíbrio no mesmo, não estando o acontecimento acobertado pelos riscos próprios do contrato.⁴⁰

Essas cláusulas se assemelham tanto ao objetivo imputado ao reconhecimento da imprevisão, quanto aos efeitos da teoria da onerosidade excessiva, da forma como previstos no artigo 478⁴¹ do Cód-

do Biacchi; BULZICO, Bettina A. Amorim (Org.). *Desenvolvimento, democracia e dignidade da pessoa humana*. Ijuí: Unijuí, 2011, p. 277-297.

38 MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao Código Civil: do direito das obrigações. Do adimplemento e da extinção das obrigações* (arts. 304 a 388), 2. Ed., Vol. V, Tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 262.

39 MARTINS, Costa, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p.107

40 AQUINO, Leonardo Gomes. As particularidades conceituais das cláusulas de *hardship*. *Revista Jurídica*, Curitiba, v. 2012, n. 15, p. 149-160, 2012. p. 150.

41 Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das

go Civil. Afinal também dependem de que tenha ocorrido um fato que fosse impossível de se averiguar na celebração do contrato, mas que afetou diretamente o equilíbrio econômico da relação contratual.

A utilização das cláusulas de *hardship* é admissível mesmo em contratos internacionais celebrados entre partes que não possuam previsão expressa na legislação doméstica, seja por ser enquadrada no âmbito da autonomia da vontade, seja por aplicação da CISG ou com base em *soft law* que reconheça a opção pela *hardship*.

3. Análise da inclusão da cláusulas de hardships sob a perspectiva da econômica comportamental.

Como destaca Allan Farnsworth, o contrato é um meio de troca entre pessoas⁴² e essas trocas acontecem com base na utilidade ou satisfação dos agentes. Portanto, para entender o comportamento dos agentes em relação a uma cláusula (*hardship*), deve-se ter uma prévia noção do comportamento dos agentes nos contratos em geral.

Para tanto, destaca-se três premissas de uma escolha racional segundo a Análise Econômica do Direito: a primeira é reconhecer que os agentes estão dispostos a maximizar seus benefícios e para isso não medirão esforços para dar o melhor de si. A segunda é reconhecer que os agentes farão cálculos racionais, na medida de sua racionalidade, sobre qual escolha lhes trará mais benefícios, analisarão, portanto, os incentivos e até mesmo as sanções para decidir se compensa ou não uma determinada ação. Por fim, a terceira, é reconhecer que as leis influenciam diretamente na tomada de decisão das pessoas.⁴³

partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.

42 FRANSWORTH, Alan. *Contracts*. 4. ed. New York: Aspens, 2004. p. 5.

43 RIBEIRO. Márcia Carla Pereira; GALESKI JR. Irineu. *Teoria Geral dos Contratos*: contratos

Porém, como já apresentado neste artigo, nem sempre as decisões serão racionais e é neste ponto que ganham relevo os estudos da Economia Comportamental. Helbert Simon, um dos principais autores da Economia Comportamental, entende que a racionalidade para a tomada de decisão depende de estruturas encontradas no ambiente dos agentes. Para o autor, deve-se considerar os limites humanos para análise das informações que influenciarão na decisão.⁴⁴

Oliver Williamson destaca, inclusive, que mesmo os contratos complexos são incompletos, dada as falhas da racionalidade limitada, custos de transação e oportunismo.⁴⁵ Neste sentido, George Akerlof em seu artigo *Market for Lemons*, publicado em 1970, apresenta um exemplo dos problemas com a racionalidade limitada, no que se refere à comercialização de carros usados nos Estados Unidos. O autor analisando as ideias de incerteza e qualidade, conclui que, na medida em que a assimetria informacional se mantém entre as partes, a tendência é que esse tipo de mercado diminua ou até mesmo desapareça, em uma situação extrema.⁴⁶

Sendo assim, pode-se entender que a simples decisão sobre a inclusão de uma cláusula de *hardship* em um contrato já exigiu das partes uma racionalidade. Possivelmente, se uma das partes já teve problemas na execução de algum contrato por fatos supervenientes, muito provável que essa parte venha a exigir uma cláusula que, sob determinadas circunstâncias, lhe garanta um reequilíbrio contratual, já que as pessoas tomam decisões imperfeitas, com base em suas heurísticas e vieses.

empresariais e análise econômica. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

44 SIMON, H. A. The human Mind: The Symbolic Level. *The American Philosophical Society*, Chicago, v. 137, n. 4, p. 638-647, 1993.

45 Williamson, Oliver E. *As instituições econômicas do capitalismo: firmas, mercados e relações contratuais*. São Paulo: Pezco Editora, 2012.

46 AKERLOF, George. The Market for Lemons: Quality Uncertainty and the Market Mechanism. *The Quarterly Journal of Law and Economics*, Londres, v. 84, p. 488-500, ago. 1970. p. 488.

A inclusão desse tipo de cláusula nos contratos pode gerar muitos benefícios e isso é extremamente atrativo para os agentes, tal como oferecer a garantia de poder renegociar ao invés de simplesmente rescindir, ter a garantia de um equilíbrio contratual, impingindo maior segurança jurídica no contrato. Além disso, desde que bem redigidas, essas cláusulas são um mecanismo eficiente para diminuir a assimetria informacional entre as partes e conseqüentemente conduzir à redução dos custos de transação e potenciais conflitos.⁴⁷

Porém, como destacado anteriormente, os agentes sempre pensarão em maximizar seus benefícios e isso pode incentivar o comportamento oportunista dos contratantes. Principalmente, sob a perspectiva de que a cláusula de *hardship* obriga as partes a renegociarem, que em pese na teoria essa renegociação seja justamente para reestabelecer o equilíbrio contratual, muitos agentes podem vê-la como uma forma de se eximir das obrigações previamente estabelecidas no contrato.

É certo que a previsão de absolutamente todos os eventos possíveis de afetar o equilíbrio contratual seria ou inviável ou extremamente custoso, então, deve-se partir do pressuposto de que em face da incompletude do contrato, é recomendável adotar estratégias para a melhora da relação contratual. Essas estratégias estão embasadas na máxima exploração de lacunas identificadas na redação do contrato, assim como no estímulo a que as partes ponderem sobre os custos e benefícios do cumprimento ou não das obrigações assumidas naquele contrato.⁴⁸

Portanto, para que sejam evitados descumprimentos ou opor-

47 RODRIGUES, Gabriela Wallau. GIANNAKOS, Demétrio Beck da Silva. A Cláusula de Hardship como forma de mitigação da assimetria de informação nos contratos internacionais. *Revista Electronica de Direito. Universidade de Porto*, Porto, n. 2, p. 1-14, jun. 2017. p. 7.

48 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, p. 108-109.

tunismos, as partes devem, *ex ante*, ou seja, na elaboração do contrato, adotar cláusulas contratuais e formas de organização com salvaguardas, reduzindo, assim, custos da racionalidade limitada e do oportunismo associados a fatos *ex post*.⁴⁹

Neste sentido, apesar do caráter subjetivo do texto da redação que as partes utilizarão na elaboração das cláusulas de *bardship*, destacam-se alguns pontos a serem considerados em seu conteúdo: i) obrigatoriedade de notificação da dificuldade à outra parte;⁵⁰ ii) o que será considerado *bardship*;⁵¹ iii) hipóteses de suspensão parcial ou total dos efeitos do contrato;⁵² iv) possibilidade (ou não) de ingresso de terceiros na renegociação;⁵³ v) forma da renegociação.

Com a pandemia da COVID-19 os contratos que tiveram sua execução comprometida pelos efeitos da pandemia e que tinham previsão de cláusula de *bardship* tiveram a possibilidade de renego-

49 GONÇALVES, Oksandro. RAMOS, José Maria; FRAGOSO, Rui Manuel de Sousa. Política de defesa da concorrência e a nova economia institucional: uma análise da indústria de proteína animal brasileira. Desenvolvimento e Sociedade, Évora, n. 6, set., 2019. p. 36.

50 Assim como definido no tópico (4) do artigo 79 da CISG “(4) A parte que não tiver cumprido suas obrigações deve comunicar à outra parte o impedimento, bem como seus efeitos sobre sua capacidade de cumpri-las. Se a outra parte não receber a comunicação dentro de prazo razoável após o momento em que a parte que deixou de cumprir suas obrigações tiver ou devesse ter tomado conhecimento do impedimento, esta será responsável pelas perdas e danos decorrentes da falta de comunicação”.

51 Levando em consideração o item 6.2.2 da Unidroit Principles of International Commercial Contracts – UPICC.

52 Assim como garantido no item primeiro do artigo 79 da CISG “(1) Nenhuma das partes será responsável pelo inadimplemento de qualquer de suas obrigações se provar que tal inadimplemento foi devido a motivo alheio à sua vontade, que não era razoável esperar fosse levado em consideração no momento da conclusão do contrato, ou que fosse evitado ou superado, ou ainda, que fossem evitadas ou superadas suas consequências”.

53 Levando em consideração o tópico (2) do artigo 79 da CISG “Se o inadimplemento de uma das partes for devido à falta de cumprimento de terceiro por ela incumbido da execução total ou parcial do contrato, esta parte somente ficará exonerada de sua responsabilidade se: (a) estiver exonerada do disposto no parágrafo anterior; e (b) o terceiro incumbido da execução também estivesse exonerado, caso lhe fossem aplicadas as disposições daquele parágrafo”.

ciar seus contratos,⁵⁴ e essa experiência provavelmente gerará uma grande influência para elaboração de seus futuros contratos.

Acredita-se na importância da atenção a ser dada quando da elaboração da cláusula de *hardship* para minimizar a possibilidade que seja utilizada como um mecanismo que favoreça o interesse de uma das partes de forma maliciosa, ou seja, oportunista. Vê-se ainda, que sua inclusão pode proporcionar uma boa solução para agentes de boa-fé para o restabelecerem o equilíbrio contratual, quando necessário.

Algumas das vantagens que podem ser associadas a essa opção são incentivos à cooperação entre os contraentes, redução nos custos de uma possível litigância jurídica, maior confiança na relação contratual, e ainda, privilegiar o respeito à função econômica do contrato.

Conclusão.

Do que se expôs parece plausível afirmar a importância do estudo da Teoria Econômica Comportamental para a melhor compreensão do comportamento dos agentes ao celebrar contratos, de forma geral. Entender o processo decisório das pessoas faz com que desde o momento da elaboração de suas cláusulas se possa estabelecer incentivos para induzir determinado comportamento das partes.

Esses comportamentos, no entanto, podem estar embasados nas heurísticas e vieses de cada agente, reduzindo a importância do caráter de maximização das escolhas. No entanto, determinados posicionamentos permanecem previsíveis, ou seja, a indução ao melhor

54 MOURA, Aline Beltrame de; CAVAZZANI, Alexandre Zaporoszenko; OLIVEIRA, Juliana Blanco de. O impacto do novo coronavírus (Covid-19) nas relações contratuais sino-brasileiras: a aplicabilidade dos institutos da força maior e de hardship aos inadimplementos contratuais. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, Curitiba, v. 67, n. 1, p. 77-105, jan./abr. 2022. p. 99 Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/75319>. Acesso em: 30 abr. 2022.

comportamento para que seja atingido o interesse das partes pode melhorar os níveis ótimos de eficiência na contratação.

Portanto, agindo de boa ou má-fé, as pessoas costumam reagir aos incentivos, e se utilizados corretamente no contrato, as pessoas tenderão a decidir conforme o que julgarem mais benéfico para si, o que lhe trará mais utilidade e maximizará seus ganhos, ainda que interfiram determinadas heurísticas e vieses.

Neste sentido, destaca-se a importância de cláusulas contratuais bem redigidas e que induzam os agentes a cooperarem entre si para garantir a execução contratual mais adequada levando-se em consideração as trocas acordadas previamente.

Por outro lado, diante da impossibilidade de previsão absoluta dos fatos que possam ocorrer durante o cumprimento do contrato, a inclusão das cláusulas de *hardship* nos contratos são muito atraentes, visto que garantem o reequilíbrio contratual em casos de eventos supervenientes que interfiram substancialmente na execução contratual, desde que se busque evitar o uso oportunista dessa ferramenta.

Para tanto, conclui-se que mesmo que haja um evento que altere fundamentalmente o equilíbrio contratual é possível, por meio das cláusulas de *hardship*, incentivar as partes, desde que com cláusulas bem redigidas, a renegociarem o contrato e evitar a sua rescisão quando o prosseguimento do negócio se mostre mais eficiente do que o seu encerramento.