

## A CLÁUSULA DE HARDSHIP E A OBRIGAÇÃO DE RENEGOCIAR NOS CONTRATOS DE LONGA DURAÇÃO

Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 25/2010 | p. 11 - 39 | Abr - Jun / 2010  
DTR\2010\308

**Judith H. Martins Costa**

Livre-Docente e Doutora pela USP. Professora da Faculdade de Direito da UFRS.

**Área do Direito:** Civil

**Resumo:** Neste artigo, a autora analisa a natureza das cláusulas de hardship e suas principais características no âmbito dos chamados contratos evolutivos, destinados a enfrentar os efeitos deletérios do tempo na economia contratual, preservando a relação para o futuro, por meio da obrigação de renegociar, e mantendo o equilíbrio econômico da avença, pela repartição dos custos dos eventos supervenientes incertos e indesejáveis. Derivadas da autonomia privada, as cláusulas de hardship evitam, assim, a resolução contratual por excessiva onerosidade e favorecem um regime adaptado aos interesses de ambas as partes.

**Palavras-chave:** Hardship - Contratos evolutivos - Obrigação de renegociar - Equilíbrio contratual - Onerosidade excessiva

**Abstract:** In this article, the authoress analyses the nature of the hardship clauses and their main characteristics in the context of the so-called evolutionary agreements, in which they aim to face the harmful effects of time, in order to preserve the contractual relationship for the future, through the obligation to renegotiate, and to maintain the economic balance of the agreement, through the sharing of the costs arisen out of uncertain and undesirable supervening events. The hardship clauses avoid, thus, the termination of the contract due to an excessive burden to one of the parties and favor a regime adapted to the interests of both parties.

**Keywords:** Hardship - Evolutionary agreements - Obligation to renegotiate - Contractual balance - Excessive burden

### **Sumário:**

1. Introdução - 2. Os "contratos evolutivos" e a cláusula de hardship - 3. A obrigação de renegociar e sua violação - 4. Conclusão - 5. Referências bibliográficas

### **1. Introdução**

O contrato é uma instituição cronotópica,<sup>2</sup> sendo o tempo o seu grande problema. A promessa de cumprimento, implicitamente contida na declaração negocial, é a modalidade normativa destinada à apreensão do futuro jurídico.<sup>3</sup> Mais que um ato de apreensão, cada contrato caracteriza, verdadeiramente, um ato de comprometimento do futuro. Este é

conjatural, incerto, pleno de riscos, tendo razão Maurice Hauriou ao dizer que na tensão entre a incerteza causada pelo futuro e a necessidade humana de um regramento certo está "o empreendimento mais ousado que se possa conceber" para estabelecer o domínio humano sobre os fatos, integrando-os num ato de previsão.<sup>4</sup>

O empreendimento é ousado, mas o pensamento não costuma ceder perante a ousadia. Ao longo dos milênios, vem o engenho humano encontrando fórmulas e métodos que permitam obstar, em alguma medida, os efeitos deletérios do tempo sobre a vida do contrato, adaptando-o à realidade superveniente ao momento de sua conclusão.<sup>5</sup> Para assegurar o relativo equilíbrio entre obrigações e contraobrigações interdependentes - naqueles contratos que se devem manter equilibrados<sup>6</sup> - é, por vezes, a própria lei a prever a possibilidade de revisão (para reequilibrá-los) ou a extinção (quando impossível o reequilíbrio), observadas certas condições.<sup>7</sup> Porém, para além da fonte legal autorizando revisar ou extinguir um contrato, apresenta-se - infinitamente mais rica e variada - a fonte negocial, por si só, ou produzindo modelos jurídicos que articulam numa estrutura contratual elementos derivados da autonomia privada e de outras fontes de normatividade, como os usos consolidados em certo espaço social.<sup>8</sup>

No rol das fórmulas de adaptação entre o contrato e a realidade provindas da fonte negocial costuma-se distinguir: há (a) cláusulas de adaptação automática, cuja atuação ocorre quando o evento previsto se realiza (exemplificativamente, as cláusulas de reajuste de preço por ato das partes, indexadas a tal ou qual valor); (b) cláusulas que preveem uma adaptação semiautomática, como as que estipulam a "resolução-salv guarda" ou chamadas "cláusulas de alinhamento" (por exemplo, pela oferta de um concorrente, ou a chamada "cláusula de cliente mais favorecido"); e, finalmente, (c) as cláusulas não-automáticas, que implicam a obrigação de renegociação do contrato, para - mediante a renegociação - alcançar-se a revisão que possibilitará o reequilíbrio do contrato, ferido pelas circunstâncias supervenientes que vieram a modificar o seu equilíbrio global.

É justamente das cláusulas não-automáticas que me ocuparei, concentrando a atenção naqueles casos em que as partes pactuam cláusulas de adaptação entre o contrato e a realidade criando, para si, a obrigação de renegociar.

Melhor compreenderemos os aspectos dogmáticos da obrigação de renegociar se a situarmos no quadro mais geral dos "contratos evolutivos", em que avulta a importância da cláusula de *hardship* (Primeira Parte). Poderemos, então, ingressar na análise dogmática, detectando, à luz do Direito brasileiro, quais os princípios e regras violados quando há recusa a renegociar, ou quando a renegociação é feita em afronta à boa-fé, alcançando, por fim, as consequências do inadimplemento dessa obrigação (Segunda Parte).

## 2. Os "contratos evolutivos" e a cláusula de hardship

A expressão "contratos evolutivos" não diz respeito a nenhum tipo contratual. Ela é evocativa de um fenômeno atinente à arquitetura do contrato e à sua relação com o tempo, abrangendo contratos que contém obrigações diferidas e/ou duradouras, como, exemplificativamente, contratos de fornecimento de bens, prestação de serviços, distribuição, financiamento ou locação. A valência evocativa da expressão - "contratos evolutivos" - destina-se a sublinhar que tais contratos comportam problemas específicos, estranhos aos contratos instantâneos (item 2.1). A cláusula de *hardship* (item 2.2)

apresenta-se, nesse quadro, como uma das técnicas pelas quais podem ser minimizados, em parte, os efeitos deletérios do tempo no equilíbrio entre prestações e contraprestações de um contrato de longa duração.

## 2.1 O fenômeno da evolutividade contratual

O tempo está no cerne de todo e qualquer contrato, mas tem um peso particular nos contratos duradouros em que, nem sequer como ilusão, a fixidez se pode manter. Estes vivem no tempo dinâmico, móvel, compreendendo-se, assim, estarem muito fortemente sujeitos à sua ação. Entre seus traços peculiares está a suscetibilidade ao risco do desequilíbrio econômico motivado pelos mais diversos fatores: financeiros, climáticos, estratégicos, ecológicos, fiscais, políticos, e, inclusive, o risco do inadimplemento de outros contratos, especialmente quando integram cadeias contratuais complexas em que o inadimplemento de um contrato tem reflexo direto sobre os demais. Nesses ajustes, "complexidade" e "contrato" se apresentam como conceitos necessariamente correlatos, articulando-se elementos "transacionais" - isto é, derivados do ato de autonomia privada - e elementos "relacionais",<sup>9</sup> nascidos, no mais das vezes, do meio ambiente que circunda o contrato ou de decisões que a ele atinam externamente, como, exemplificativamente, a exigência de uma adequada repartição dos benefícios mútuos, conformando uma verdadeira *affectio contractus*; a necessidade de assegurar a continuidade da relação para o futuro, valorizando-se a continuidade relativamente à descontinuidade; certas medidas tendentes à conformar o contrato a comandos e necessidades de ordem ambiental, concorrencial ou de proteção ao consumidor ou, ainda, derivadas de imperativos da responsabilidade social etc. Somam-se, assim, os vários elementos, alguns internos ao contrato, outros a ele exteriores, aptos a impactar, no tempo e em razão do tempo, a relação contratual entre as partes.

Por esta razão, frequentemente alude-se à "importância da incompletude contratual" a ser devidamente considerada por juristas e economistas.<sup>10</sup>

Os "contratos evolutivos" são, justamente, contratos "incompletos" contendo em sua estrutura um projeto de adaptação à realidade.<sup>11</sup> Seu método é o da estruturação combinada entre cláusulas rígidas, integralmente pré-determinadas e outras "abertas", ou "lacunosas", carecendo de preenchimento conforme o evoluir das circunstâncias. Sua peculiaridade está em suscitar a continuidade da relação entre as partes por via de renegociação e de ajustes periodicamente feitos, o próprio contrato prevendo "uma planificação com lacunas" acompanhadas, ao mesmo tempo, da "previsão de mecanismos para a sua revisão ou a readaptação".<sup>12</sup> A planificação é, portanto, em grande medida, "constitucional" ou "procedimental" ao contrato.<sup>13</sup>

Considera-se que eventos incertos, ainda que previsíveis, caracterizam riscos para cujo enfrentamento nem sempre é conveniente uma fórmula contratual rígida, fixada *a priori* - como seria um contrato a preço fixo - de modo que as partes podem escolher enfrentá-los por meio de fórmulas e técnicas que possibilitem a aderência entre os valores patrimoniais devidos e os riscos efetivamente realizados, modelando, assim, uma relação sinalagmática evolutiva. Tecnicamente, a "evolutividade" ampara-se em um complexo de fórmulas,<sup>14</sup> podendo resultar de critérios e procedimentos postos pontualmente no contrato ou, diferentemente, em previsão genérica de renegociação, procedida diretamente entre as

partes ou viabilizada com a intervenção de um terceiro imparcial. O relevante é que as partes se asseguram que o poder de revisar o contrato, adaptando-o às circunstâncias, reste, primariamente, em suas mãos, para o que estabelecem, já no próprio contrato, o mencionado "projeto de adaptação" cujo alcance pode ser menor (por exemplo: promover o reequilíbrio dos preços do contrato) ou maior (e.g.: readaptar globalmente o contrato a novas condições de mercado), havendo, entre o ponto mínimo e o máximo de intervenção, várias escalas intermediárias.

É função dos mecanismos adaptativos criados pela autonomia privada converter uma relação contratual estática em uma "relação evolutiva", <sup>15</sup> viabilizando às partes impedir que circunstâncias modificativas, no mais das vezes externas e subtraídas de sua esfera de controle, alterem de maneira substancial a composição de interesses econômicos originariamente programada. Por essas características os contratos evolutivos são comparados com um ser vivo e com um sistema, <sup>16</sup> metáforas que bem dão conta de sua adaptabilidade e transformabilidade.

Dentre os mecanismos adaptativos estão as cláusulas não automáticas de adaptação às circunstâncias, ditas "cláusulas de renegociação" cuja serventia está em assegurar uma recomposição, pelas próprias partes, do equilíbrio contratual ferido por um evento externo que venha a provocar um rigor substancial a um ou ambos os contraentes, sendo delas paradigmática a cláusula de *hardship*.

## 2.2 A cláusula de hardship e a obrigação de renegociar

O termo *hardship* denota a ideia de um rigor excessivo, uma dificuldade capaz de causar estado de aflição ou infortúnio. Situações de *hardship* passaram a ser tidas em cláusulas contratuais como causa da alteração do pactuado em vista de minimizar a situação aflitiva que, por força do *hardship*, atingiria um ou ambos os contraentes, vindo a afetar o contrato. A cláusula pode conter, já de per si, uma determinação acerca do que os contraentes considerariam um *hardship* ou, diferentemente, aludir, em termos genéricos, a "situações de *hardship*" capazes de ensejar a alteração do contrato, por via da renegociação. A doutrina <sup>17</sup> define-a como a cláusula cuja eficácia consiste, essencialmente, em provocar uma renegociação do contrato, sempre que a mudança das circunstâncias ocorrer. <sup>18</sup> Pelas cláusulas de renegociação, portanto, as partes, cientes de que podem advir superveniências relevantes, com impacto no programa contratual, reservam-se o poder de determinar, por meio do mútuo consenso, a incidência destas circunstâncias supervenientes sobre o equilíbrio entre as prestações impedindo, pois, que o acaso ou a sorte venham a governar a sua relação. <sup>19</sup>

Modo geral, são imputadas à cláusula quatro funções: (a) assegurar a preservação do equilíbrio econômico e a continuação do contrato, impedindo que o princípio da intangibilidade do pactuado conduza a um rigor excessivo no momento da execução contratual; (b) atuar como meio de repartição, entre os contratantes, dos custos resultantes do evento superveniente e incerto, de modo que a etapa da renegociação permite às partes acordar sobre essa repartição dos ônus, por si mesmas, ou através de um terceiro, que a arbitrará; <sup>20</sup> (c) impedir a extinção contratual devida à resolução por excessiva onerosidade de um contrato que ainda pode ser útil, atendendo aos mútuos interesses das partes; <sup>21</sup> (d) encontrar um novo regime adaptado aos mútuos interesses

(self tailored rule),<sup>22</sup> viabilizando-se, nos limites do princípio da atipicidade contratual (art. 425 do CC/2002 (LGL\2002\400)), uma reorganização do pactuado, sendo essa, precipuamente, a função "adaptativa" da autonomia privada.<sup>23</sup>

Não basta, contudo, prever a possibilidade de renegociar em vista de um *hardship*. É preciso um mínimo consenso sobre o que significa: o acontecimento apto a provocar a eficácia da cláusula deve ser imprevisível? Ou basta ser "substancial" em vista do tipo de contrato, do que normalmente acontece em circunstâncias idênticas e do programa contratual concretamente considerado?

Durante algum tempo entendeu-se que o acontecimento causador do *hardship* (e, portanto, ensejador da renegociação) deveria ser um acontecimento imprevisível. Presentemente, a doutrina majoritária afasta esse requisito, conquanto concorde que deva ser o *hardship* "substancial", assim se pronunciando, exemplificativamente, Bruno Oppetit<sup>24</sup> e Regis Fabre,<sup>25</sup> na França, Ole Land,<sup>26</sup> na Holanda, Aldo Frignani,<sup>27</sup> na Itália, e, na literatura portuguesa, Julio Gomes.<sup>28</sup>

Essa é a opinião acertada até mesmo porque as cláusulas de *hardship* não configuram uma categoria homogênea<sup>29</sup> e se amoldam à experiência: partindo, efetivamente, de uma noção que exigia a imprevisibilidade do evento como elemento detonador de sua eficácia, hoje se admite que tais cláusulas podem dizer respeito não apenas a circunstâncias imprevisíveis, mas, igualmente, a circunstâncias previstas no an, mas incertas no quantum, podendo as partes tanto prever a possibilidade de um fato incerto ocorrer,<sup>30</sup> quanto cogitar da possibilidade de vir a impactar o contrato um fato incerto e indeterminado na sua possibilidade de previsão.<sup>31</sup> No primeiro caso, tem-se a cláusula de renegociação independentemente da imprevisibilidade do evento, pois ocorre apenas a incerteza. No segundo, atrela-se a incerteza (fato incerto que pode ser previsto) à imprevisibilidade em sentido próprio (fato incerto indeterminado na sua possibilidade de previsão, ambas as possibilidades podendo ser apanhadas por cláusulas de renegociação, pois a prática dos negócios registra tanto a alusão a mudanças relativamente às circunstâncias iniciais do contrato (if there is the occurrence of an intervening event or change of circumstances), quanto a circunstâncias imprevisíveis (unforeseeable) ou apenas incertas, ou não previstas (unforeseen), e, mesmo, genericamente, apenas a circunstâncias fora do controle das partes (beyond the control of the parties).

Essa orientação se afina ao objetivo das cláusulas que ajustam a renegociação em razão do *hardship*, qual seja, o de possibilitar o desenho de um novo regime para o contrato de longa duração, adaptado aos mútuos interesses. Em consequência, uma vez desencadeada a sua atuação, não se há de perquirir sobre a "imprevisibilidade e extraordinariedade" do evento que caracteriza o *hardship*, nem se esse evento integra ou não o risco próprio do negócio; nem se cogitará sobre o âmbito da diligência empresarial no cálculo dos riscos; ou, muito menos, sobre a "excepcionalidade" dos eventos que deflagram a eficácia revisiva da cláusula. No mais das vezes, se estará a tratar, justamente, de eventos previsíveis e previstos, e, na medida em que previstos no contrato, por expressa declaração de vontade das partes dão causa ao dever de renegociar, a fim de ser mantido o sinalagma contratual tal qual configurado no momento da conclusão do ajuste.

Não há dúvidas sobre a admissibilidade, a validade e a utilidade de cláusula contratual

determinativa da obrigação de renegociar em vista de um evento tido como fonte de um *hardship* também nos contratos de direito interno.<sup>32</sup> É certo haver, por vezes, alguma confusão sobre o fundamento de tal obrigação, alguns tentando encontrá-lo nas regras dos arts. 317, 478 a 480, do CC/2002 (LGL\2002\400). O fundamento não é esse, pois não é preciso ir buscar na lei aquilo que deriva da autonomia privada e não é proibido por regra cogente.<sup>33</sup> É lícito às partes estipular contratos marcados pela atipicidade, sendo a liberdade de modelação do conteúdo contratual e a liberdade de forma concreções do princípio da liberdade contratual. Consequentemente, as partes podem pactuar cláusulas cuja finalidade é, justamente, prover, contínua e dinamicamente, a acomodação do contrato às circunstâncias supervenientes ao momento de sua formação, estabelecendo entre si contratos "lacunosos" que se completarão ao evoluir das circunstâncias.

Tendo as partes estatuído tais cláusulas, e ocorrendo evento nelas previsto, abre-se, *ipso facto*, a obrigatoriedade da renegociação do contrato para reaproximar-se o sinalagma funcional ou dinâmico - isto é, o que acompanha a vida do contrato, no curso de sua execução - ao sinalagma genético, a saber, aquele que marcara o momento da conclusão do ajuste. Note-se bem: não há, como nas cláusulas de indexação, um reajuste automático de determinada cláusula, conforme índice já predeterminado; não se trata de cláusula de force majeure, pela qual se intentam enfrentar os problemas ligados à impossibilidade de cumprir,<sup>34</sup> mas há o dever de renegociar, como um verdadeiro e próprio dever de cumprimento do contrato naquilo que foi previsto, genérica e/ou pontualmente, como objeto da renegociação.

### **3. A obrigação de renegociar e sua violação**

As cláusulas de renegociação em vista de uma alteração superveniente das circunstâncias causadoras de um *hardship* têm por objeto - como o próprio nome indica - a obrigação de renegociar um contrato de longa duração. As partes criam, pelo contrato, uma obrigação de negociar a adaptação.<sup>35</sup>

Assim sendo, atuada por uma das partes a cláusula de renegociação, essa se apresenta como uma obrigação contratual que vai impor aos contratantes uma dupla prestação: as partes serão obrigadas, primeiramente, a se reunir, de modo que a recusa de uma delas a renegociar configurará uma hipótese de culpa contratual; as negociações hão de ser procedidas segundo a boa-fé, não se admitindo artimanhas, protelações, deslealdades ou renitências irrazoáveis (item 3.1). Se assim não ocorre, várias alternativas se abrem ao juiz ou ao árbitro encarregado de decidir o litígio eventualmente instaurado (item 3.2).

#### **3.1 A obrigação contida numa cláusula de renegociação, a recusa e a renitência a negociar**

A cláusula determinativa da obrigação de renegociar constitui uma pré-figuração da possibilidade de mudança dos termos e condições do contrato, permitindo às partes postular uma "nova arrumação" do contrato se e quando uma mudança incidente sobre os dados iniciais da contratação vier a modificar o equilíbrio do contrato. Há, portanto, uma injuntividade obrigacional do dever de renegociar muitas vezes expressada no próprio modo verbal imperativo ("deverão ser negociadas"; "serão renegociadas") utilizado pelos contraentes na redação da cláusula.

As partes podem determinar desde logo a intervenção de um mediador ou de qualquer terceiro imparcial, ou podem negociar por si sós.<sup>36</sup> Quando as partes preveem o dever de renegociar antes de qualquer outra solução gera-se o direito subjetivo a exigir, desde logo, a renegociação. Esse é, aliás, justamente o ponto que marca a principal diferença entre as cláusulas estruturadas tecnicamente na renegociação entre as partes e as cláusulas automáticas, como a de correção monetária e a cláusula de escala móvel. Enquanto essas últimas, operando de maneira automática, prescindem da ulterior intervenção ativa das partes, traduzindo-se pela substituição do valor da prestação que se tornou desatualizado por um novo valor (conforme índice pré-acordado ou determinado por lei), as cláusulas de renegociação têm como objeto a negociação, sendo o objeto da negociação a adaptação do contrato às novas circunstâncias, mantendo a relação de comutação original. Consequentemente, a eficácia típica de uma cláusula que estabelece o dever de renegociar consiste no nascimento do dever de renegociar segundo a boa-fé sempre que ocorrido um evento que venha a ter reflexos substanciais no equilíbrio que marcara a comutatividade contratual no momento da conclusão do contrato.

A recusa em negociar (seja faltando ao encontro, seja não respondendo ao chamado) caracteriza "sem dúvida", diz Regis Fabre,<sup>37</sup> uma culpa (faute) contratual. As partes são obrigadas a formular proposições sérias, relativas ao contrato, às suas bases originárias, às circunstâncias atuais e à economia contratual globalmente considerada.

Porém, o inadimplemento culposamente estará caracterizado não apenas pela recusa, direta ou disfarçada sob a forma de proposições inaceitáveis pela outra parte (considerados os dados objetivos da economia contratual e os subjetivos, atinentes à pessoa dos contraentes): também estará configurado se a negociação tiver ocorrido de modo discordante ao que direciona o princípio da boa-fé.

Com efeito, a violação da obrigação de renegociar pode decorrer de um atentado à letra do contrato, pela recusa pura e simples. Mais comumente, porém, advirá ou de uma contradição com o seu espírito, por meio de uma negociação renitente e destituída de lealdade contratual que, no mais das vezes, é um mal-disfarçado expediente protelatório. Agindo deslealmente, o contratante a quem beneficia a situação de *hardship* só aparentemente acede em negociar, mas, na realidade, não pretende chegar a bom termo ou faz proposições irrazoáveis, assim criando impasses a um acordo.

Essa conduta é igualmente culposa, por atentar contra o espírito do contrato e violar as exigências impostas pelo princípio da boa-fé, devendo as partes formular as proposições de forma séria e correta ("proba", na linguagem do art. 422 do CC/2002 (LGL\2002\400)), com relação ao contrato e às circunstâncias atuais de sua economia, proposições que não sejam, como diz Regis Fabre, "nem derrisórias nem desproporcionadas".<sup>38</sup> Na verdade, nessa hipótese co-implicam-se o princípio da autonomia privada e o da boa-fé:<sup>39</sup> a fonte primária do dever violado é o contrato, é dizer, a declaração negocial, ato de autonomia privada. Porém, a recusa a renegociar ou a deslealdade por ocasião das negociações importa numa concomitante violação à confiança derivada do ato de autonomia privada e à boa-fé como *standard* do comportamento contratual.<sup>40</sup> Assim, a boa-fé é chamada não como fonte primária da obrigação de renegociar, mas como parâmetro da conduta devida no momento da execução do contrato, incluso o processo renegociatório (boa-fé in executivis), pontuando a diligência requerida para o bom êxito da negociação, sendo

assente o papel da boa-fé como "governo da discricionariedade" dos contraentes, ou "regra operacional in executivis", para garantir a coerência entre o plano delineado no contrato e o efetivo cumprimento, pelas partes, da operação econômica planejada.<sup>41</sup>

Não por outra razão, aliás, José Emilio Nunes Pinto aponta o princípio da boa-fé como o fundamento para a eventual dilação do prazo para a renegociação, no caso do estabelecimento, no contrato, de mecanismo multietapas de solução de controvérsias que inclua alguma forma de conciliação ou renegociação entre as partes, afirmando que, no caso de carecerem de maior prazo para negociar, "a adesão das partes a esse novo prazo será regulada pela boa-fé que deve presidir essa negociação e, sobretudo, pelo dever de colaboração e de confiança mútua".<sup>42</sup>

Na doutrina estrangeira, não são desconhecidos os problemas eventualmente surgidos a propósito de contratos travados entre parceiros que não partilham de um comum *background* cultural acerca do significado da *good-faith* como leal cooperação entre as partes.<sup>43</sup> Numa cultura - como a nossa - em que o princípio da boa-fé é ainda conotado prevalentemente às relações de consumo, é importante perceber, nas relações interempresariais, a feição que adquire quando associado à "lógica peculiar"<sup>44</sup> dessas relações e aos seus princípios reitores, como o princípio da diligência empresarial, o do risco comercial e o princípio da confiança, substrato da realizabilidade dos negócios.<sup>45</sup> Como escrevi em outra sede, é possível afirmar que, nas relações regidas pelo Código Civil (LGL\2002\400), a boa-fé se apresenta fundamentalmente como lealdade, confiança e probidade, este último termo estando no texto do art. 422 com os significados de retidão ou correção de conduta, integridade e seriedade no trato com o alter. Assim sendo, o princípio da boa-fé objetiva atua, *prima facie*, tendo em vista a implementação de deveres de lealdade, cooperação, correção e consideração com os legítimos interesses alheios, em vista do bem jurídico subjacente, qual seja, o da confiabilidade do tráfego negocial.<sup>46</sup> A violação dos deveres destinados a implementar esse bem jurídico, pela recusa ou renitência em negociar, conforme o pactuado, tipifica, assim, ilicitude contratual.

Apenas realizar a qualificação do comportamento faltoso não é, porém, suficiente. Havendo a recusa ou a renitência culposa de um dos contratantes em negociar um "novo desenho" ao contrato, quais são as medidas cabíveis?

### **3.2 Manter ou extinguir? As alternativas possíveis**

Nem juiz nem árbitro se podem substituir arbitrariamente a uma das partes, "renegociando" o contrato pelo faltoso. Tal não significa, porém, que a recusa ou a renitência em renegociar, por um dos contraentes, conduza, ineludivelmente, à manutenção do contrato desequilibrado (o que beneficiaria o culpado), como se a obrigação de renegociar fosse vã, mera cláusula de estilo destituída de toda eficácia. Há inadimplemento do contrato que, todavia, nem sempre leva à sua extinção. Instaurado o litígio e caracterizada a culpa contratual, várias são as alternativas que se apresentam ao julgador, tendo em vista o concreto teor das cláusulas de renegociação.

Para determinar as alternativas considera-se, fundamentalmente: (a) a presença, ou não, de critérios para orientar o que fazer no caso de impasse nas negociações; (b) a previsão, ou não, de serem esses critérios atuáveis por um terceiro imparcial - expert, conciliador, mediador ou árbitro; (c) a fixação, no contrato, das causas e dos critérios para a

modificação do conteúdo, ou para a suspensão de obrigações e (d) o impacto do inadimplemento no programa contratual, levando, no caso de um impacto que não lhe retira a utilidade, a uma situação de mora, sendo ainda possível o cumprimento e, diversamente, no caso de um impacto que retire a sua utilidade para o credor, à possibilidade da resolução por inadimplemento (art. 395, parágrafo único, c/c art. 475, do CC/2002 (LGL\2002\400)).

O passo inicial está em verificar se há no contrato a previsão de critérios objetivos ou objetiváveis, segundo os dados da experiência, para implementar a modificação prevista nas cláusulas de renegociação. Se a resposta for positiva, impõe-se a manutenção do contrato, cominada à sua devida recomposição, podendo o julgador determinar, de imediato, o cumprimento, pois se tratará meramente de aplicar determinações de antemão contidas na declaração negocial. Considera-se, nesse caso, que o poder de manter o contrato, por via de sua revisão, tem fundamento no que determinou o ajuste, incidindo, além do respeito à autonomia privada, o princípio da conservação do negócio útil, a ser concretizado em vista do interesse do credor à prestação. Esse também é o espírito que orienta os Princípios do Unidroit, ao preverem no art. 6.2.3(4), quando tratam do *hardship*, a adaptação do contrato a fim de restaurar seu equilíbrio original, bem como ao recepcionarem (em seus arts. 7.2.1 e 7.2.3) o direito à execução específica do negócio.<sup>47</sup>

A obrigação de renegociar configura uma obrigação de fazer. Se o contrato contiver cláusula compromissória de arbitragem, o descumprimento dessa obrigação se caracteriza como controvérsia para fins contratuais.<sup>48</sup> Além do mais, como bem lembra Carmona, hoje em dia, após a reforma processual de 2005, "as sentenças condenatórias de obrigação de fazer, não fazer e de entregar coisa não ensejam mais execução em seu sentido estrito, mas mero cumprimento".<sup>49</sup> Assim, pela (hoje incontestável) equiparação da arbitragem à jurisdição estatal (art. 31 da Lei 9.307/1996), vê-se que a tutela a ser prestada haverá de ser a mesma que se exarada pelo Poder Judiciário, nada impedindo ao Tribunal Arbitral determinar a readaptação do contrato pelo cumprimento dos deveres de negociação, segundo os critérios e procedimentos previstos no ajuste, além, é claro, de impor condenação pelas perdas e pelos danos derivados da mora injustificada do recalcitrante. Formalmente, portanto, não há nenhum óbice para que se determine a readequação da avença, colocando em prática as obrigações de renegociação previstas no instrumento contratual, e que se o faça por meio de arbitragem. Não há, assim, substituição indevida pelo Tribunal Arbitral à vontade das partes, mas integração e cumprimento do estabelecido, por ambos os contraentes, como conduta devida.

Essa solução é concorde com o que se verifica no plano internacional. Diversos precedentes de Câmaras Arbitrais, suas próprias regras formais de solução de conflitos (como e.g. as já referidas "Dispute Board Rules") e os Princípios do Unidroit são induvidosos em recepcionar a prevalência do cumprimento específico das obrigações contratuais, despeculiarizando as relações que, no mais das vezes, não se inspiram pela radicalidade de sua extinção e simples conversão em indenização por perdas e danos. Como bem aponta Diego Corapi, as previsões dos Princípios Unidroit atestam "o relevo que tem na praxe comercial internacional a manutenção viva da relação contratual" de modo a atribuir aos árbitros "intervencões corretivas", orientadas a reconfigurar o contrato conforme razoáveis *standards* comerciais de negociação correta.<sup>50</sup> Os reclames práticos, inclusive, levaram a Câmara de Comércio Internacional de Paris a instituir, desde o início da década de 90,

mecanismos de readaptação do contrato pelo sistema dos "Dispute Adjudication Boards",<sup>51</sup> incrementados, em 2004, pela edição dos novos "Dispute Resolution Boards".<sup>52</sup>

Outra alternativa se apresenta quando, inobstante prever o contrato a renegociação, as partes não tiverem delineado os procedimentos a que devem observar estatuidos de modo apenas genérico os critérios que devem presidir a renegociação. Então, o que fazer?

Já vimos que a obrigação de renegociar segundo a boa-fé, para alcançar o equilíbrio inicial do contrato, revisando-o em pontos específicos, qualifica-se como obrigação de fazer, incidindo, portanto, a legislação processual atinente à sua execução. Uma solução congruente com o sistema brasileiro, coligando a eficácia executiva do princípio da boa-fé com princípios e mecanismos processuais (especificamente as astreintes, previstas no art. 461, § 4.º, do CPC (LGL\1973\5)) está na possibilidade de o Tribunal Arbitral fixar um prazo razoável para que as partes efetivamente busquem a negociação com vistas à discussão daqueles itens cuja alteração por circunstâncias supervenientes foi expressamente prevista como causa à renegociação, com a consequente adaptação do ajuste às novas circunstâncias. Idêntica possibilidade, aliás, consta dos Princípios do Unidroit, quando, ao tratarem do "direito à execução específica do contrato", possibilitam a fixação de multa pecuniária em caso de não cumprimento das obrigações de fazer.<sup>53</sup> É o que se pode ler de seu art. 7.2.4 (*Judicial penalty*).

Se, implementada essa providência, novamente as partes não alcançarem o acordo no prazo fixado, o Tribunal Arbitral pode determinar a revisão se os critérios estiverem previstos - ainda que de forma genérica - na declaração negocial, sendo determináveis, no entanto, com o auxílio de expertise econômica.

Nesse sentido há muitos anos decidiu, com acerto e ponderação, a Cour d'Appel de Paris em precedente paradigmático, o "caso E.D.F v. Shell", utilizado por boa parte dos autores que dissertam sobre cláusula de hardship<sup>54</sup> como exemplo para a possibilidade de sentenças determinativas, i.e. que fazem valer os deveres de renegociação.

O caso resolvido pela Cour d'Appel francesa deparava-se com a dificuldade de o contrato de fornecimento, desequilibrado pela quintuplicação dos preços do petróleo, embora contendo cláusulas de renegociação, não indicava o procedimento para resolver situações de impasse na negociação. Um *arrêt* de 28.09.1976, da mencionada Corte, remeteu as partes a renegociar e a concluir acordo sobre o preço "sob a égide de um observador".<sup>55</sup> Considerou a Corte que as condições da atuação da cláusula de hardship estavam reunidas, incumbindo aos contratantes de negociar as modificações, com a assistência de um observador. Em caso de impasse nas negociações "observadas" pelo terceiro indicado, os juízes se reservavam o direito de apreciar a fórmula proposta que fosse a mais adaptada aos fins do contrato, impondo-a às partes.<sup>56</sup> Os juízes justificaram esse poder de injunção pela vontade declarada pelas partes ao pactuarem o contrato, restando claro, pela inserção da cláusula de hardship, que queriam ver a relação contratual perdurada no tempo. A Cour só não utilizou o poder de revisar as cláusulas contratuais porque as partes chegaram, enfim, a um acordo sobre a revisão. Mesmo assim, a doutrina passou a detectar a emergência de um dever de renegociação fundado na obrigação de agir segundo a boa-fé,<sup>57</sup> reafirmado - e, inclusive, aumentado jurisprudencialmente, anos mais tarde - pelo discutido *arrêt* Huard, de 03.11.1992.<sup>58</sup> Outras decisões se sucederam, provocando o

comentário de Jacques Mestre no sentido de que as exigências da boa-fé, cada vez mais intensas, ganhavam o terreno da adaptação do contrato.<sup>59</sup>

Também em outros países é hoje largamente aceita a ideia de a boa-fé manifestar-se durante a execução do contrato para determinar o "como" do seu cumprimento, concretizando-se, como refere Giovanni Maria Uda em obrigações específicas atinentes ao funcionamento do sinalagma e dirigidas à prossecução da finalidade a que o próprio contrato se propunha.<sup>60</sup> É, contudo, uma solução a ser harmonizada, sempre, com a autonomia privada, sede da obrigação de renegociar.

Finalmente, se o contrato não estipula, nem de maneira genérica, o procedimento para a sua atuação da cláusula de renegociação, também silenciando sobre as condições procedimentais das partes e os critérios para alcançar a revisão, ainda assim, não há inocuidade das cláusulas de renegociação, que são válidas e eficazes. É que a recusa em negociar, ou a protelação injustificada, as artimanhas eventualmente utilizadas para adiar as reuniões, ou delas se esquivar, configuram hipóteses de inadimplemento contratual, imputável e culposos.<sup>61</sup> Consequentemente, incidem os efeitos, legal e contratualmente predispostos à inexecução contratual.

Na dicção do art. 394 do Código Civil (LGL\2002\400), a mora caracteriza-se não apenas pelo retardo da prestação, mas pela dissintonia em prestar na "forma devida", isto é, tal qual prevê o contrato. Haverá dissintonia se o contrato prevê a renegociação e há recusa injustificada, protelação ou emprego de artimanhas para adiar as reuniões ou delas se esquivar. A situação de mora - cujo traço característico está em que o incumprimento ainda não deita efeitos definitivos no programa contratual, já que a prestação, embora não cumprida tal como devida, ainda poderá ser cumprida - pode transformar-se em inadimplemento definitivo, se a prestação, por causa da mora, perder a utilidade para o credor (art. 395, parágrafo único, do CC/2002 (LGL\2002\400)), então cabendo a resolução por inadimplemento. Em ambos os casos, cabe o pagamento de perdas e danos.

A indenização deve abranger o dano emergente e o lucro cessante derivados, causalmente, da recusa injustificada em negociar (arts. 389, 393, 394, 395, 402 a 407, do CC/2002 (LGL\2002\400)). Sinala-se, ainda deve-se ter em conta, no cálculo do montante da indenização, o fato de as partes, no "balanceamento de interesses" que antecede a conclusão contratual - isto é, no cálculo dos pesos e contrapesos, riscos e garantias, vantagens e ônus mútuos - terem assumido a expectativa legítima à readequação, tal qual pactuada e como é próprio dos "contratos evolutivos". Essa expectativa legítima pode ser traduzida em termos econômicos, pois, certamente, impacta na estipulação do preço contratual. Fiado na possibilidade de renegociar preços, em caso de *hardship*, o contraente pode ter deixado de "embutir" valores que compensassem, ou quando menos mitigassem, o risco assumido.

#### **4. Conclusão**

Conquanto carregado de tecnicidade jurídica, o exame da eficácia das cláusulas de renegociação em virtude de desequilíbrios contratuais causados por alteração das circunstâncias supervenientes não prescinde de uma perspectiva mais ampla, que situe em seu centro valorativo os nexos entre o contrato e o tempo, sendo o contrato o instrumento da técnica jurídica para disciplinar os efeitos do tempo nas relações voluntárias de

circulação de riqueza.

Esses nexos não suscitam soluções simplistas, sendo o tempo elemento decisivo na economia contratual. Numa visão redutora opõem-se o tempo fixo dos contratos e o tempo contínuo, flexível, dos contratos evolutivos. Contudo, entre uma e outra temporalidade há, mais do que mera "oposição", inúmeras mediações, o limite da evolutividade residindo na própria função dos contratos, primordialmente destinados a reduzir, no limite do possível, o componente incerto do porvir. Daí a importância de bem discernir entre as fontes da revisão proporcionada pela renegociação, técnica por excelência da evolutividade contratual, compreendendo os modelos jurídicos como estruturas agregadoras de normas provindas de várias fontes que apenas para efeitos expositivos podem ser seccionadas, no mais das vezes superpondo-se no intrincado espaço da internormatividade.<sup>62</sup>

Primariamente, compete à fonte negocial demarcar, no contrato, situações de *hardship*, prevendo, na sua ocorrência, a renegociação a ser levada a sério, e não, meramente, como *flatus vocis*, texto destituído de exigibilidade. O "dever de renegociar" configura-se, em linha de princípio, quando as partes o previram, incluindo-se na autorresponsabilidade - contrapartida necessária da autonomia privada - por uma criteriosa avaliação dos riscos, todo contrato comportando, para um ou para ambos os contraentes, a assunção dos riscos advindos de sua projeção no futuro. 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 (LGL\2002\400) como critério de interpretação e integração contratual.<sup>63</sup>

Dizer até onde vai, concretamente, a extensão da renegociação, ou fixar os casos em que esta não há de ter lugar, ou há de cessar, por esgotadas a sua possibilidade ou utilidade, é papel tradicional da fonte jurisdicional. A emergência da arbitragem estende essa função à qual se poderia chamar de fonte arbitral, que coliga o papel de dizer o Direito à potência normativa da autonomia privada.<sup>64</sup> A fonte costumeira, por sua vez, oferece o parâmetro para essa apreciação (art. 113 do CC/2002 (LGL\2002\400)), sempre considerado o contrato em suas circunstâncias fáticas e normativas. A fonte legal tem o relevante papel de limite: embora permaneçam longamente no tempo, os contratos evolutivos podem ter um fim quando, em razão de sua inexecução, restar inutilizado o legítimo interesse do credor, a lei permitindo igualmente, em certos casos e limites, a rescisão unilateral (art. 473, *caput* e parágrafo Único, do CC/2002 (LGL\2002\400)).

Enfim, articulam-se e combinam-se a fonte negocial e a fonte legal quando, defrontando-se com a possibilidade de ver o contrato resolvido por excessiva onerosidade - na forma viabilizada pela fonte legal -, o réu evita-a, oferecendo a modificação das condições do contrato, tal qual previsto no art. 479 do CC/2002 (LGL\2002\400).

Assim compreendido como estrutura normativa complexa que articula várias fontes jurídicas, o contrato pode ser tido, além de uma instituição "cronotópica", verdadeiramente, uma instituição neguentrópica,<sup>65</sup> forma jurídica organizativa de efeitos

do tempo e, no tempo, instrumento de equilíbrio entre os complexos interesses que serve para instrumentalizar.

## 5. Referências bibliográficas

ALMEIDA PRADO, Mauricio. *LE HARDSHIP DANS LE DROIT DU COMMERCE INTERNATIONAL*. BRUXELLES: FEDUCI, 2004.

ARAÚJO, Nadia de. Contratos internacionais e a cláusula de *hardship*: a transposição de sua conceituação segundo a *lex mercatoria*, para o plano interno nos contratos de longa duração. In: ROSADO, Marilda (org.). Estudos e pareceres. direito do petróleo e gás. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Contrato de opção de venda de participações societárias. Variação imprevisível do valor da coisa prometida em relação ao preço do mercado. Possibilidade de revisão por onerosidade excessiva, com base nos arts. 478 a 480 do Código Civil (LGL\2002\400) em contrato unilateral. *Novos estudos e pareceres de direito privado*. SÃO PAULO: SARAIVA, 2009.

BAKHTIN, Mikhail. *Esthétique et théorie du roman*. Trad. Daria Olivier. PARIS: GALLIMARD, 2006.

BELLEY, J. G. *Le Droit Soluble: contributions québécoises à l'étude de l'internormativité*. PARIS: LGDJ, 1996.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/1996*. 2. ED. SÃO PAULO: ATLAS, 2007.

CENDON, Paolo. *I Contratti in Generali: fonti - Diritto internazionale. Autonomia privata. Classificazione*. Turim: UTET, 2000.

CESARO, Vincenzo Maria. *Clausola di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*. Nápoles: ESI, 2002.

CORAPI, DIEGO. L'EQUILIBRIO DELLE POSIZIONI CONTRATTUALI NEI PRINCIPI UNIDROIT. *RARB* 10/150-164. SÃO PAULO: ED. RT, JUL.-SET. 2006.

COSTA, José A. F.; NUSDEO, Ana Maria de O. As cláusulas de força maior e de *hardship* nos contratos internacionais. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro* 97. São Paulo: USP, 1995.

DE CUYPER, PETER. RENEGOTIATION AND FLEXIBILITY: CONSIDERATION ON THE GROUND OF THE GHANA/VALCO CASE. *REVUE DE DROIT DES AFFAIRES INTERNATIONALES - RDAI* 7, 1995.

FABRE, Régis. *Les Clauses d'adaptation dans les Contrats*. RTDC, 1983.

FAVEREAU, Olivier. Qu'est-ce qu'un contrat? La difficile réponse de l'économie. In: JAMIN, Christophe (org.). *Droit et Économie des Contrats*. Paris: LGDJ, 2008.

FONTAINE, MARCEL. LES CLAUSES DE FORCE MAJEURE DANS LES CONTRATS INTERNATIONAUX. *DROIT ET PRATIQUE DU COMMERCE INTERNATIONAL*, PARIS, 1979.

FORGIONI, Paula. A interpretação dos negócios empresariais no Novo Código Civil (LGL\2002\400) brasileiro. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro* 130, ano 42. Nova série, abr.-jun. 2003.

\_\_\_\_\_. *Contrato de distribuição*. São Paulo: Ed. RT, 2005.

FRIGNANI, Aldo. La "Hardship Clause" nei contratti internazionali. *Rivista di Diritto Civile* 4, ano 25. Padova, 1979.

GAMA E SOUZA JR., LAURO. OS PRINCÍPIOS UNIDROIT RELATIVOS AO COMÉRCIO INTERNACIONAL 2004 E O DIREITO BRASILEIRO: CONVERGÊNCIAS E POSSIBILIDADES. *RARB* 8/48-100. SÃO PAULO: ED. RT, JAN.-MAR. 2006.

GHESTIN, Jacques; BILLIAU, Marc. *Le prix dans les contrats de longue durée*. PARIS: L.G.D.J., 1990.

GIANDOMENICO, Giovanni di. *Il contratto e l'alea*. PÁDUA: CEDAM, 1987.

GOMES, Julio. Cláusulas de *hardship*. Contratos, actualidade e evolução. Porto: UCP, 1997.

GRUA, FRANÇOIS, LES EFFETS DE L'ALÉA ET LA DISTINCTION DES CONTRATS ALÉATOIRES ET DES CONTRATS COMMUTATIFS. *REVUE TRIMESTRIELLE DE DROIT CIVIL*. PARIS, 1983.

KOCH, Christopher. Novo regulamento da CCI relativo aos *dispute boards*. *RARB* 6/143 (DTR\2005\391)-175. São Paulo: Ed. RT, jul.-set. 2005.

LASBORDES, V. *Les contrats déséquilibrés*, n. 630 e ss., Puam, 2000, t. II.

LÉCUYER, Hervé. Le contrat, acte de prévision. *L'avenir Du Droit: mélanges en Hommage a François Terré*. Paris: Dalloz. PUF e Juris Classeur, 1999.

MACEDO JR., Ronaldo Porto. *Contratos relacionais e defesa do consumidor*. 2. ED. REV., ATUAL. E AMPL. SÃO PAULO: ED. RT, 2007.

MALINVAUD, PHILIPPE. RÉFLEXIONS SUR LE "DISPUTE ADJUDICATION BOARD". *RARB* 5/101-115. SÃO PAULO: ED. RT, ABR.-JUN. 2005.

MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao Código Civil (LGL\2002\400) - Do adimplemento das obrigações*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. vol. 5, t. I.

\_\_\_\_\_. *Comentários ao novo Código Civil (LGL\2002\400) - Do inadimplemento das obrigações*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. vol. 5, t. II.

\_\_\_\_\_. O método da concreção e a interpretação dos contratos: primeiras notas de uma leitura suscitada pelo Código Civil (LGL\2002\400). In: NANNI, Giovanni Ettore. *Temas relevantes de direito civil contemporâneo*. SÃO PAULO: ATLAS, 2008.

MCNEIL, Ian. *The new social contract: an inquiry into modern contractual relations*. New Haven: Yale University, 1980.

\_\_\_\_\_. *Relational contract theory. Challenges and Queries*. Northwestern University Law Review, 2000.

MESTRE, JACQUES. Obligations et contrats spéciaux. 1. Obligations en général. I - Sources de l'obligation. A. - Le contrat. *Revue trimestrielle de droit civil* 4/760. Paris: Sirey, 1992.

\_\_\_\_\_. Obligations et contrats spéciaux. 1. Obligations en général. I - Sources de l'obligation. A - Le contrat. *Revue trimestrielle de droit civil* 1/124-127. Paris: Sirey, 1993.

MOSER, Luis Gustavo Meira. Contrato internacional de licenciamento - Cláusula escalonada ou sequencial - Reconhecimento da validade da sentença arbitral sem a observância ao procedimento pré-arbitral - Tribunal Federal Suíço - 6 de Junho de 2007 - Jurisprudência nacional. *Revista Brasileira de Arbitragem* 15. São Paulo: CBAR, 2007.

\_\_\_\_\_. As cláusulas de *hardship* e a quebra do paradigma da imutabilidade dos contratos. *Revista dos Estudantes de Direito da UNB*. 6. ed. Brasília, 2007.

NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro. Tempo e equilíbrio contratual. In: MOTA, Maurício Jorge Pereira da; NEVES, Gustavo Kloh Müller (coords.). *Transformações contemporâneas no direito das obrigações: estudos em homenagem a Orlando Gomes*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, no prelo.

\_\_\_\_\_. A noção de cronótopo no cruzamento entre direito e literatura. In: MARTINS-COSTA, Judith (coord.). *Seminários de direito e literatura - Programa de pós-graduação em direito, UFRGS, 2009, inédito.*

OPPETIT, BRUNO. L'ADAPTATION DES CONTRATS INTERNATIONAUX AUX CHANGEMENTS DE CIRCONSTANCES: LA CLAUSE DE HARDSHIP. *JOURNAL DU DROIT INTERNATIONAL* 4, PARIS, 1974.

OST, François. *O tempo do direito*. Trad. Maria Fernanda de Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget.

\_\_\_\_\_. Tiempo y contrato: crítica del pacto fáustico. *Doxa* 25. Alicante: Univeridad de Alicante, 2002.

PICOD, Yves. L'Exigence de Bonne foi dans l'exécution du contrat. *Le Juge et l'Exécution du Contrat: Colloque I.D.A, Aix-en Provence, 28.05.1993*. PRESSES UNIVERSITAIRES D'AIX-MARSEILLEM 1993.

PINTO, JOSÉ EMILIO NUNES. O MECANISMO MULTITAPAS DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS. DISPONÍVEL EM: [HTTP://WWW.CAMARB.COM.BR/AREAS/SUBAREAS\_CONTEUDO.ASPX?SUBAREANO=33]. ACESSO: 28.07.2009.

REALE, Miguel. *Fontes e modelos do direito: para um novo paradigma hermenêutico*. São Paulo: Saraiva, 1994.

\_\_\_\_\_. Vida e morte dos modelos jurídicos. *Nova fase do direito moderno*. São Paulo: Saraiva, 1990.

RIBEIRO, Joaquim de Souza. A Boa-fé como norma de validade. *Direito dos contratos: estudos*. Coimbra: Ed. COIMBRA, 2007.

ROUHETTE, Georges. La revision conventionnelle du contrat. *Revue Internationale de Droit*

38. COMPARÉ, 1986.

RUSSI, Luigi. Chronicles of a failure: from a renegotiation clause to arbitration of transnational contracts. *Connecticut Journal of International Law* 24. Connecticut: University of Connecticut, 2009.

SILVA, EDUARDO SILVA DA. *ARBITRAGEM E DIREITO DA EMPRESA*. SÃO PAULO: ED. RT, 2003.

SILVA, JORGE CESA FERREIRA DA. ADIMPLENTO E EXTINÇÃO DAS OBRIGAÇÕES: COMENTÁRIOS AOS ARTS. 304 A 388 DO CÓDIGO CIVIL. SÃO PAULO: ED. RT, 2007.

TERRANOVA, Carlo G. *L'eccessiva onerosità nei contratti*. Milano: Giuffrè, 1995.

UDA, Giovanni Maria. L'Esecuzione del Contratto secundo Buona Fede. In: *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*. Parte II, Padova: CEDAM, 1992.

\_\_\_\_\_. *La Buona Fede nell'Esecuzione del contratto*. Turim: Giapichelli, 2004.

ULMANN, Harold. Droit et Pratique des Clauses de Hardship dans le Système Juridique Américain. *Revue de Droit des Affaires Internationales* 7, 1988.

VELENCOSO, Luz Maria Martínez. *La alteración de las circunstancias contractuales: un análisis jurisprudencial*. MADRID: CIVITAS, 2003.

WALD, Arnaldo. A arbitragem contratual e os *dispute boards*. RArb 6/9 (DTR\2005\394)-24. São Paulo: Ed. RT, jul.-set. 2005.

2. A ideia de "cronótopos" foi cunhada na Teoria Literária por M. Bakhtin (*Esthétique et théorie du roman*, trad. Daria Olivier. Paris: Gallimard, 2006, p. 237-238). Trouxe-a ao Direito contratual: NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro. Tempo e equilíbrio contratual. In: MOTA, Maurício Jorge Pereira da; NEVES, Gustavo Kloh Müller (coords.). *Transformações contemporâneas no direito das obrigações: estudos em homenagem a Orlando Gomes*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, no prelo e, especificamente, em: A noção de cronótopo no cruzamento entre direito e literatura. In: MARTINS-COSTA, Judith (coord.). Seminários de direito e literatura - Programa de pós-graduação em direito, UFRGS, 2009, inédito.

3. OST, François. *O tempo do direito*. Trad. Maria Fernanda de Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, p. 204, assinalando a promessa como "a modalidade normativa sob a qual estudamos o futuro jurídico".

4. Para Hauriou "o problema do contrato" consiste no problema "mais audacioso" que se poderia conceber ("l'entreprise la plus hardie qui se puisse concevoir") para "estabelecer a dominação da vontade humana sobre os fatos, integrando-os num ato de previsão" ("établir la domination de la volonté humaine sur les faits, en les intégrant d'avance dans un acte de prévision"). HAURIOU, Maurice. *PRINCIPES DE DROIT PÚBLIC*. 1. ed., p. 206, citado por LÉCUYER, Hervé. Le contrat, acte de prévision. *L'avenir Du Droit: mélanges en Hommage a François Terré*. Paris: Dalloz. PUF e Juris Classeur, 1999, p. 643.

5. Desde o *casus* e a *vis major* dos romanos, levando à extinção, até a "cláusula MAC" (Material Adverse Change, também dita Material Adverse Event ou Material Adverse Effect - MAE) dos investimentos acionários feitos nessa nossa Era da Incerteza; desde a *clausula rebus sic stantibus* do Direito canônico medieval às cláusulas de salvaguarda, às "*government take clause*", à variada tipologia das cláusulas de adaptação automática do preço e das cláusulas de *hardship*, que preveem uma renegociação não-automática do contrato.

6. Há contratos que são, estrutural ou funcionalmente, ancorados no desequilíbrio entre as prestações (contratos aleatórios, assim considerados aqueles em que a álea é a própria causa concreta do contrato, não sendo possível estabelecer, *a priori*, a relação entre a entidade de riscos e a entidade de vantagens). Não há sentido, pois, em buscar o seu "reequilíbrio". Outros (contratos sinalagmáticos) são estrutural ou funcionalmente equilibrados. Nesses últimos, podendo as partes traçar, *a priori*, a relação entre riscos e vantagens, podem igualmente, distribuir o risco, com base na autonomia privada, estabelecendo essa distribuição como própria ao programa contratual concretamente considerado. A perspectiva estrutural conecta-se, pois, à funcional na relevante questão de saber se o contrato deve ou não ser equilibrado (V. GRUA, François, Les effets de l'aléa et la distinction des contrats aléatoires et des contrats commutatifs. *REVUE TRIMESTRIELLE DE DROIT CIVIL*. Paris, 1983, p. 263-287; também CENDON, Paolo. *I CONTRATTI IN GENERALI: FONTI - DIRITTO INTERNAZIONALE. AUTONOMIA PRIVATA. CLASSIFICAZIONE*. TURIM: UTET, 2000, P 419; GIANDOMENICO, Giovanni di. *Il contratto e l'alea*. CEDAM, Pádua, 1987, p. 228 e 229, cit. por AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Contrato de opção de venda de participações societárias. Variação imprevisível do valor da coisa prometida em relação ao preço do mercado. Possibilidade de revisão por onerosidade excessiva, com base nos arts. 478 a 480 do Código Civil (LGL\2002\400) em contrato unilateral. *Novos estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 208 e 209; SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. Adimplemento e extinção das obrigações: comentários aos arts. 304 a 388 do Código Civil (LGL\2002\400). São Paulo: Ed. RT, 2007, p. 177 et seq. Tratei desses requisitos in: MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao Código Civil (LGL\2002\400) - Do adimplemento das obrigações*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. vol. 5, t. I, p. 228 et seq.

7. Nomeadamente: a excessiva onerosidade superveniente (arts. 317 e 478, do CC/2002 (LGL\2002\400)); a impossibilidade superveniente não-imputável nas hipóteses previstas nos arts. 234, 235, 238, 240, 248, 250, do CC/2002 (LGL\2002\400) e, de modo genérico, em seu art. 393, alusivo à impossibilidade de prestar derivada da força maior; a redução por equidade da cláusula penal (art. 413 do CC/2002 (LGL\2002\400)).

8. A ideia subjacente é a de modelos jurídicos tal qual traçada por Miguel Reale. Para o autor, os modelos jurídicos conformam uma estrutura normativa, isto é, um agrupamento estruturado de normas, dotado de plasticidade, sendo vocacionados a apreender a realidade. Essa modelagem, diz Reale, é feita pelo jurista "em contato direto das relações sociais" (REALE, Miguel. *Fontes e modelos do direito: para um novo paradigma hermenêutico*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 41 e ss.). Não configuram, portanto, meras estruturas lógicas, "entes ideais ou abstratos que nos dão apenas os esquemas formais ou os parâmetros de referibilidade entre o mundo das normas e o dos fatos e valores", sendo

formatados no desenrolar do "processo experiencial" de que é tecido o Ordenamento. Daí ser a experiência a grande produtora de modelos jurídicos e, principalmente, dos modelos negociais, cuja fonte é o negócio jurídico. (ver ainda do autor: REALE, Miguel. Vida e morte dos modelos jurídicos. *Nova fase do direito moderno*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 169 e ss.).

9. A categorização é de Ian McNeil, que a expõe em: *The new social contract: an inquiry into modern contractual relations*. New Haven: Yale University, 1980 e, mais recentemente, em: *Relational contract theory. Challenges and Queries*. Northwestern University Law Review, 2000. Uma boa aproximação entre essa teoria, própria ao *Common law* e às perspectivas do Direito contratual do *Civil Law* é dada por FAVEREAU, Olivier. Qu'est-ce qu'un contrat? La difficile réponse de l'economie. In: JAMIN, Christophe (org.). *Droit et Économie des Contrats*. Paris: LGDJ, 2008, p. 22 e ss. Na doutrina brasileira: MACEDO JR., Ronaldo Porto. *Contratos relacionais e defesa do consumidor*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2007; FORGIONI, Paula A. *Contrato de distribuição*. São Paulo: Ed. RT, 2005, p. 122 e ss.

10. FAVEREAU, Olivier. Op. cit., p. 25 e ss.

11. FABRE, Régis. *Les Clauses d'adaptation dans les contrats*. RTDC, 1983, p. 7.

12. GOMES, Julio. Cláusulas de *hardship*. *Contratos, actualidade e evolução*. Porto: UCP, 1997, p. 190. Um exemplo é o mecanismo denominado "multi-tiered dispute resolution system" (multietapas de solução de controvérsias) que, segundo José Emilio Nunes Pinto, são "utilizados, em geral, em contratos de longo prazo, especialmente naqueles que integram cadeias contratuais bastante complexas, como é o caso de contratos de compra e venda de energia, de suprimento de gás natural e outros combustíveis e de transporte de gás natural, sem mencionar os contratos de construção de obras de infraestrutura na modalidade chave na mão, onde o inadimplemento num contrato tem reflexo sobre os demais, as partes geralmente estabelecem regras para a solução de controvérsias, escalonando-as por etapas e voltadas para uma solução amigável" (ver: PINTO, José Emilio Nunes. O mecanismo multietapas de solução de controvérsias. Disponível em: [www.camarb.com.br/areas/subareas\\_conteudo.aspx?subareano=33](http://www.camarb.com.br/areas/subareas_conteudo.aspx?subareano=33). Acesso em: 28.07.2009).

13. GOMES, Julio. Op. cit., p. 191.

14. Exemplificativamente, a pactuação de uma "cláusula escalonada", prevendo-se como forma de resolução de controvérsias eventualmente surgidas entre os contraentes, no curso da execução contratual, o seguimento de etapas, como a conciliação, ou a mediação, até que se chegue à arbitragem (a propósito ver MOSER, Luis Gustavo Meira. Contrato internacional de licenciamento - Cláusula escalonada ou sequencial - Reconhecimento da validade da sentença arbitral sem a observância ao procedimento pré-arbitral - Tribunal Federal Suíço - 6 de Junho de 2007 - Jurisprudência nacional. *Revista Brasileira de Arbitragem* 15/189-199. São Paulo: CBAR, 2007).

15. SCHMITTHOFF, Clive. Hardship and Intervener Clauses. *The Journal of Business Law*,

1980, p. 83, apud GOMES, Julio. Op. cit., p. 177, nota 28. No original: "Is by the way of renegotiation to convert the contractual relationship from a static into a evolutionary one".

16. Assim refere GOMES, Julio. Op. cit., p. 176, aludindo ao entendimento de MOUSSERON ( *Les Clauses d'Adaptation dans la pratique Contractuelle*, p. 198); DE MARMOL, Charley (Réflexions sur l'utilisation des techniques contractuelles dans La vie des affaires, *Journal des Tribunaux*, n. 4.814, 1973, p. 70); e de LEDOUBLE, Dominique. *L'entreprise et le Contrat*. Paris, 1980, p. 199).

17. Consultei: OPPETIT, Bruno. L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances: la clause de hardship. *Journal du Droit International* 4/794-813, Paris, 1974; ULMANN, Harold. Droit et Pratique des Clauses de Hardship dans le Système Juridique Américain. *Revue de Droit des Affaires Internationales* 7, 1988, p. 889-902; FRIGNANI, Aldo. La "Hardship Clause" nei contratti internazionali. *Rivista di Diritto Civile* 4, ano 25. Padova, 1979, p. 697 e ss.; FABRE, Régis. Op. cit., p. 1 e ss.; ROUHETTE, Georges. La revision conventionnelle du contrat. *Revue Internationale de Droit* 38. Comparé, 1986, p. 369; GOMES, Julio. Op. cit., p. 167-204. ALMEIDA PRADO, Mauricio. *LE HARDSHIP DANS LE DROIT DU COMMERCE INTERNATIONAL*. Feduci, Bruxelles, 2004; COSTA, José A. F.; NUSDEO, Ana Maria de O. As cláusulas de força maior e de *hardship* nos contratos internacionais. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro* 97/76-103. São Paulo: USP, 1995. GAMA E SOUZA JR., Lauro. Os princípios Unidroit relativos ao comércio internacional 2004 e o direito brasileiro: convergências e possibilidades. *RARB* 8. São Paulo: Ed. RT, jan.-mar. 2006, p. 48 et seq. ARAÚJO, Nadia de. Contratos internacionais e a cláusula de *hardship*: a transposição de sua conceituação segundo a *lex mercatoria*, para o plano interno nos contratos de longa duração. In: ROSADO, Marilda (org.). *Estudos e pareceres: direito do petróleo e gás*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 412.

18. OPPETIT, Bruno. Op. cit., p. 797, aludindo à incoerência de *un effect déterminateur automatique*, pois "elle consiste essentiellement à provoquer une négociation du contrat lorsque le changement envisagé s'est produit".

19. Assim, CESARO, Vincenzo Maria. *Clausola di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*. ESI, Napoles, 2002, p. 24. No original: "La previsione della clausola di rinegoziazione consente alle parti di impedire che circostanze modificative, il più delle volte esterne e sottratte alla loro sfera di controllo, alterino in modo sostanziale la composizione di interessi originariamente programmata, producendo un notevole squilibrio tra le prestazioni. Attraverso la clausola di rinegoziazione le parti, nella consapevolezza che possono intervenire sopravvenienze rilevanti, si riservano il potere di determinare, attraverso lo strumento del consenso, l'incidenza di esse sull'equilibrio tra le prestazioni ed in generale sull'assetto di interessi, impedendo così che sia il caso, la fortuna od altro a governare il loro rapporto".

20. ALMEIDA PRADO, MAURICIO. Op. Cit., p. 122, destaquei.

21. CESARO, Vincenzo Maria. Op. cit., p. 19.

22. ALMEIDA PRADO, Mauricio. Op. cit., p. 122.
23. CESARO, Vincenzo Maria. Op. cit., p. 10.
24. OPETTIT, BRUNO. OP. Cit., p. 802.
25. FABRE, Régis. Op. cit., p. 6.
26. *In verbis*: "It is not a condition for the application of the rule that the parties could not have foreseen the event" (Recognition and Revision of international Contracts, An Issue in the North-South Dialogue. *German Yearbook International Law*, vol. 23, 1980, p, 56, apud GOMES, Julio. Op. cit., p. 191, nota 71).
27. FRIGNANI, Aldo. Op. cit., p. 697.
28. GOMES, Julio. Op. cit., p. 191.
29. FRIGNANI, Aldo. Op. cit., p. 697.
30. Por exemplo: "Devem as partes renegociar quando ocorrer a eventual mudança na legislação tributária"; ou "quando ocorrer qualquer alteração na malha de atendimento das unidades fabris atendidas pela fornecedora".
31. Exemplificativamente: "As partes se comprometem a renegociar, em boa-fé, quando o contrato for impactado por qualquer evento não-imputável à parte prejudicada e que, tendo decorrido de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, torne a prestação excessivamente onerosa".
32. E.g.: COSTA, José A. F.; NUSDEO, Ana Maria de O. Op. cit., p.77; GAMA E SOUZA JR., Op. cit., p. 48 et seq; ARAÚJO, Nadia de. Op. cit., p. 421; PINTO, José Emilio Nunes. Op. cit.; MOSER, Luiz Gustavo. As cláusulas de *hardship* e a quebra do paradigma da imutabilidade dos contratos. *Revista dos Estudantes de Direito da UNB*. 6. ed. Brasília, 2007, p. 4-31. Também referência em: MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao Código Civil (LGL\2002\400) - Do Adimplemento...* cit., p. 218.
33. Nada impede, no Ordenamento brasileiro, a pactuação de cláusulas de renegociação das condições e termos contratuais, tendo as partes liberdade para, *ex vi* do art. 425 do CC/2002 (LGL\2002\400), modelar o conteúdo contratual estabelecendo, por exemplo, o dever de renegociar independentemente dos requisitos que, nos arts. 317 e 478 do mesmo Código são postos para viabilizar a revisão e a resolução judicial dos contratos. O intérprete não se pode perder na confusão da sinonímia entre o que é fundamento teórico de previsão legal (isto é: a excessiva onerosidade superveniente como fundamento ao poder do juiz para revisar/resolver o contrato, na forma prevista nos arts. 317 e 478, do CC/2002 (LGL\2002\400)) e o que é efeito de expressa previsão contratual (vale dizer o dever imposto aos contratantes de renegociar o contrato, em vista de sua revisão, quando configurada situação de fato que, segundo a vontade das partes declarada no Contrato, seja causa de onerosidade superveniente a uma delas, causando desequilíbrio na relação

de comutação tal qual estabelecida no momento da conclusão contratual). Nesse último caso não se estará frente, necessariamente, a situações "extraordinárias e imprevisíveis", como define o Código Civil (LGL\2002\400), mas, tão somente, a situações incertas no momento em que concluído o ajuste embora possam ser previsíveis e inclusive, previstas - tanto assim, que foram postas no Contrato como causa do dever de renegociar. A propósito escrevem Costa e Nusdeo: "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*" (COSTA, José A. F.; NUSDEO, Ana Maria de O. Op. cit., p. 76-103). Confira-se, na doutrina estrangeira: TERRANOVA, Carlo G. *L'eccessiva onerosità nei contratti*. Milano: Giuffrè, 1995, p. 150, em que a distinção entre cláusula de *hardship* e cláusula *rebus sic stantibus* está bem talhada, inclusive atribuindo à primeira a vantagem de construir um "modello maggiormente consono all'economia dei rapporti ed all'effetivo interesse delle parti".

34. ALMEIDA PRADO, Mauricio. Op. cit., p. 120-121. Observa ainda Lauro da Gama e Souza Jr., que a distinção entre o *hardship* e a força maior é de ordem lógica: essa é caso de impossibilidade de prestar; já na excessiva onerosidade, que leva ao *hardship*, não há impossibilidade, em sentido próprio: há, efetivamente, excessiva onerosidade, tornando injusto (e não "impossível") o cumprimento. Essa distinção lógica foi acolhida nos Princípios Unidroit, que separam em capítulos distintos um e outro tema (v. Os Princípios Unidroit relativos ao comércio internacional e o Direito brasileiro: convergências e possibilidades. RArb 8/76. São Paulo: Ed. RT, jan.-mar. 2006). A mesma distinção pode ser deduzida, estruturalmente, do Código Civil (LGL\2002\400) brasileiro que separa em capítulos distintos a impossibilidade de prestar (art. 393) e a revisão e a resolução por excessiva onerosidade (arts. 317, 478-480).

35. FABRE, Régis. Op. cit., p. 16-18.

36. As partes podem prever que a renegociação opere por meio de mecanismo multietapas de solução de controvérsias, lembrando Nunes Pinto não existir um "modelo único" para tanto. E aduz: "Em sua acepção mais simples, o mecanismo prevê uma etapa de negociação direta entre as partes envolvidas com vistas a solucionar de forma satisfatória a controvérsia e, não sendo essa capaz de eliminá-la, as partes recorrerão então à arbitragem. Casos há, no entanto, de estrutura mais complexa, em que a fase negocial se divide em duas etapas, a saber: (a) na primeira delas, as partes envolvidas diretamente com a controvérsia surgida tentam buscar uma solução, mas, não sendo isso possível, (b) recorrem à autoridade dos executivos de mais alto nível nas empresas contratantes com vistas a buscar a solução" (PINTO, José Emilio Nunes. Op. cit.).

37. FABRE, Régis. Op. cit., p. 19.

38. Assim FABRE, Régis. Op. cit., p. 19, no original: "C'EST A DIRE DES PROPOSITIONS QUI NE SOIENT NI DÉRISOIRES NI DISPROPORTIONÉES".

39. MARTINS-COSTA, JUDITH. *COMENTÁRIOS AO NOVO CÓDIGO CIVIL - DO INADIMPLEMENTO DAS OBRIGAÇÕES*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. vol. 5, t. II, p.

63 e ss.

40. Assinala José Emilio Nunes Pinto que "o abandono das negociações por qualquer das partes representará violação do princípio da boa fé pelo qual as partes deverão se pautar durante a negociação do contrato, todo o período de vigência deste e, ainda, a nosso ver, durante a fase pós-contratual" (op. cit.). Sobre os campos normativos dos princípios da autonomia privada e da boa-fé e da implicação entre esses e o princípio da confiança, permito-me reenviar a: MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil (LGL\2002\400) - Do inadimplemento...* cit., p. 63 e ss.

41. CENDON, PAOLO. Op. cit., p. 347, trazendo a opinião de Di Majo e Rodotà.

42. PINTO, José Emilio Nunes. Op. cit.

43. Confira-se em GOMES, Julio. Op. cit., p. 185; FRIGNANI, Aldo. Op. cit., p. 701.

44. Assim refere FORGIONI, Paula A. A interpretação dos negócios empresariais no Novo Código Civil (LGL\2002\400) brasileiro. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro* 130/8, ano 42. Nova série, abr.-jun. 2003.

45. Idem, p. 7-38 e: *Contrato de distribuição*. São Paulo, Ed. RT, 2005, p. 507 et ss.

46. MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil (LGL\2002\400) - Do inadimplemento...* cit., p. 67.

47. Disponível em: [www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2004/blackletter2004.pdf](http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2004/blackletter2004.pdf). Veja-se também GAMA E SOUZA JR., Lauro. Op. cit., p. 76-82.

48. Nesse sentido, e aludindo a similar obrigação de fazer, pronuncia-se: PINTO, José Emilio Nunes. Op. cit.

49. CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/1996*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 315.

50. CORAPI, Diego. L'equilibrio delle posizioni contrattuali nei principi Unidroit. RArb 10/150 (DTR\2006\380)-164. São Paulo: Ed. RT, 2006, p. 159-160, aludindo ao "il rilievo che ha nella prassi commerciale internazionale il mantenimento in vita di un rapporto contrattuale", e à possibilidade de "interventi correttivi" aos árbitros, que estão autorizados a reconfigurar o contrato conforme "reasonable commercial standards of fair dealing".

51. WALD, Arnoldo. A arbitragem contratual e os *dispute boards*. RArb 6/13. São Paulo: Ed. RT, jul.-set. 2005; TERRANOVA, Carlo G. Op. cit., p. 248.

52. Todos esses procedimentos se encontram regulamentados nas "Dispute Board Rules", ADR Rules, Rules for Expertise, Dispute Board Rules - International Chamber of Commerce. Paris, Goubault Imprimeur, 2008. Cf. também WALD, Arnoldo. Op. cit., p. 18-23; KOCH, Christopher. Novo regulamento da CCI relativo aos *dispute boards*. RArb

6/143 (DTR\2005\391)-175. São Paulo: Ed. RT, jul.-set. 2005. Veja-se também MALINVAUD, Philippe. *Réflexions sur le "Dispute Adjudication Board"*. RArb 5/113-114. São Paulo: Ed. RT, abr.-jun. 2005, em que, analisando o caso *Channel Tunnel Group Ltd. v. Balfour Beatty Construction*, pontua os efeitos da decisão do comitê.

53. Disponível em [www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles/2004/blackletter2004.pdf](http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles/2004/blackletter2004.pdf). Sobre isso, veja-se também GAMA E SOUZA JR., Lauro. Op. cit., p. 76-82.

54. Assim, dentre outros: CESARO, Vincenzo Maria. Op. cit., p. 251-253; GHESTIN, Jacques; BILLIAU, Marc. *Le prix dans les contrats de longue durée*. Paris: L.G.D.J., 1990, p. 139-140; ROUHETTE, Georges, op. cit., p. 405-406; MESTRE, Jacques. *Obligations et contrats spéciaux*. 1. *Obligations en général*. I - Sources de l'obligation. A - Le contrat. *Revue trimestrielle de droit civil* 4/760. Paris: Sirey, 1992; MESTRE, Jacques. *Obligations et contrats spéciaux*. 1. *Obligations en général*. I - Sources de l'obligation. A - Le contrat. *Revue trimestrielle de droit civil* 1/124-127. Paris: Sirey, 1993; PICOD, Yves. *L'Exigence de Bonne foi dans l'exécution du contrat*. *Le Juge et l'Exécution du Contrat: Colloque I.D.A, Aix-en Provence, 28.05.1993*. Presses Universitaires d'Aix-Marseillem 1993, p.58 e ss. RUSSI, Luigi. *Chronicles of a failure: from a renegotiation clause to arbitration of transnational contracts*. *CONNECTICUT JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW* 24/111-112. Connecticut: University of Connecticut, 2009.

55. "(...) sous l'égide d'un observateur". A decisão está em: CA Paris, 28.09.1976 (JCP 1978, II, 18810, note Robert, tendo sido largamente comentada pelos autores acima referidos.

56. ROUHETTE, Georges, op. cit., p. 405-406.

57. Veja-se MESTRE, Jacques. *Obligations et contrats spéciaux*. 1. *Obligations en général*. I - Sources de l'obligation. A - Le contrat. *REVUE TRIMESTRIELLE DE DROIT CIVIL* 4/760 cit.,, ao fazer referência a dois precedentes da *Cour de cassation* (31.03.1992, Rev. jurispr. dr. aff. 1992, n. 552, p. 447; 25.02.1992, Bull. civ. V, n. 122, p. 74) relacionando-os com os "effets du contrat"; também em LASBORDES, V. *Les contrats déséquilibrés*, n. 630 e ss., Puam, 2000, t. II.

58. O exame do caso foi feito por MESTRE, Jacques. *Obligations et contrats spéciaux*. 1. *Obligations en général*. I - Sources de l'obligation. A - Le contrat. *Revue trimestrielle de droit civil* 1/124-127 cit., (Cass. Com. 03.11.1992, Bull. Civ. IV, n. 340, p.242). Ainda: PICOD, Yves. Op. cit., p.58 e ss.

59. MESTRE, Jacques. *Obligations et contrats spéciaux*. 1. *Obligations en général*. I - Sources de l'obligation. A - Le contrat. *Revue trimestrielle de droit civil* 4/760 cit. Ver ainda: LASBORDES, V. Op. cit. Confira-se também TERRANOVA, Carlo G. Op. cit., p. 248.

60. UDA, Giovanni Maria. *L'Esecuzione del Contratto secundo Buona Fede*. In: *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*. Parte II, Padova: CEDAM, 1992, p. 185 e ss. Idem em: *La Buona Fede nell'Esecuzione del contratto*. Turim: Giapichelli, 2004. RIBEIRO, Joaquim

de Souza. A Boa-fé como norma de validade. *Direito dos contratos: estudos*. Coimbra: Ed. Coimbra, 2007.

61. FABRE, Régis. Op. cit., p. 19. CESARO, Vincenzo Maria. Op. cit., p. 161 e ss. VELENCOSO, Luz Maria Martínez. *La alteración de las circunstancias contractuales: un análisis jurisprudencial*. Madrid: Civitas, 2003, p. 66 e ss.

62. BELLEY, J. G. *Le Droit Soluble: contributions québécoises à l'étude de l'internormativité*. Paris: LGDJ, 1996, p.10-11.

63. MARTINS-COSTA, Judith. O método da concreção e a interpretação dos contratos: primeiras notas de uma leitura suscitada pelo Código Civil (LGL\2002\400). In: NANNI, Giovanni Ettore. *Temas relevantes de direito civil contemporâneo*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 475-506.

64. Sobre o tema escreveu: SILVA, Eduardo Silva da. *Arbitragem e direito da empresa*. São Paulo: Ed. RT, 2003.

65. François Ost (em: *Tiempo y contrato: crítica del pacto fáustico*. *Doxa* 25. Alicante: Univeridad de Alicante, 2002, p. 597) relaciona o contrato com o tempo "neguentrópico", correspondendo a palavra "neguentropia" à negação da entropia que, no contexto da comunicação, atine à medida da desordem ou da imprevisibilidade da informação. Antônimo de entropia, "neguentropia" significa "função que representa o grau de ordem e de previsibilidade existente num sistema". "Elemento neguentrópico" significa, conseqüentemente, "aquele que contribui para o equilíbrio e para o desenvolvimento organizacional".