

A CLÁUSULA *HARDSHIP* COMO INERENTE AOS CONTRATOS DE CONSUMO

Renato Maso Previde

<http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/visualizacv.do?id=K4745416A9>

Resumo: Pretende demonstrar uma justificativa de que as possibilidades de modificação, revisão e resolução dos contratos permeiam elementos mais atuais que aqueles previstos pelo legislador. Um destes elementos é a incorporação, ainda que não expressa no texto legislativo, da cláusula *hardship*, incorporando-a automaticamente nos contratos de consumo, independentemente de qualquer previsão contratual. A característica em ser inerente aos contratos de consumo desponta como uma nova necessidade do mundo globalizado, em que um instituto nitidamente originado do Direito Internacional venha a alcançar e se estabelecer em contratos nacionais como caráter protetivo ao que pode decorrer além fronteiras, sendo instituto incorporado à prática jurídica derivado de mutações materiais originárias dos Tribunais.

Palavras-chave: Hardship, contratos, defesa consumidor, código civil, modificação, revisão, resolução.

Hardship Clause As Inherent To Consumption Contracts

Abstract: This paper intends to demonstrate a justification so the possibilities of modification, review and termination of contracts permeate more current elements than those predicted by the legislator by claiming that the hardship clause is incorporated automatically in consumer contracts, regardless of any contractual provision. The feature of being inherent to consumption contracts emerges as a new necessity of the globalized world, in which an institute, clearly originated from international law, comes to reach and settle in domestic contracts as protective feature from what can take place across borders.

Keywords: Hardship, contracts, consumer protection, civil code, modification, review, resolution.

INTRODUÇÃO

O presente texto vem a ser um início de estudos sobre a existência da cláusula de *hardship* nos contratos de consumo, sendo que este primeiro texto representa uma análise sobre as teorias consumeristas e distinções quanto à modificação, revisão e resolução deste contrato em comparação com o que existente no Código Civil.

Esta distinção buscará sopesar a possibilidade quanto à existência da cláusula de *hardship* tanto no contrato de consumo quanto nos de relações intercivis e interempresariais, quando apreciaremos este tópico na conclusão.

Entretanto, o que não deixa de existir nas codificações citadas acima é a preocupação do legislador em prever nestes tipos contratuais as possibilidades de alteração e até mesmo de resolução, utilizando de técnicas diferenciadas para cada relação jurídica, que vêm determinar, em nosso ponto de vista, a existência ou não da cláusula de *hardship*.

Nos dizeres de Martins-Costa a cláusula de *hardship* pode ser definida como *a que permite às partes postular uma “nova arrumação” do contrato que as vincula se e quando uma mudança incidente sobre os dados iniciais da contratação vier a modificar o equilíbrio do contrato, a ponto de fazer sofrer, a uma delas, um rigor (hardship) injusto.*¹

Assim, entendemos que a intenção do legislador foi a de prever mecanismos que justificassem as cláusulas contratadas em momentos de grandes incertezas que norteiam de tempos em tempos a economia mundial, tal qual enfrentamos nos dias atuais, na representação da falta de lastro das economias mundiais, acostumadas a épocas áureas em que podiam desempenhar e usufruir do *Welfare State* em sua plenitude.

Mas o presente artigo vai além ao demonstrar uma justificativa para que as possibilidades de modificação, revisão e resolução dos contratos permeiam elementos mais atuais que aqueles previstos pelo legislador ao alegarmos que a cláusula de *hardship* está incorporada automaticamente nos contratos de consumo, independentemente de qualquer previsão contratual.

A característica em ser inerente aos contratos de consumo desponta como uma nova necessidade do mundo globalizado, em que um instituto nitidamente originado do Direito Internacional venha a alcançar e se estabelecer em contratos nacionais como caráter protetivo ao que pode decorrer além-fronteiras.

Tal ocorrência é a comprovação de interessante mutação material derivada dos Tribunais, que atendem à necessidade da sociedade na busca de soluções céleres e eficientes.

¹ MARTINS-COSTA, Judith. Comentários ao novo código civil. *Do direito das obrigações. Do adimplemento e da extinção das obrigações*. Vol. V. Tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 217.

1 DEFINIÇÕES E EFEITOS DAS TEORIAS CONSUMERISTAS A SEREM APLICADAS QUANDO DA RESOLUÇÃO DO CONTRATO DE CONSUMO

1. 1 Definição e aplicação das teorias consumeristas

O estudo quanto à definição, aplicação e interpretação das teorias consumeristas é de grande importância, uma vez que o conhecimento destes posicionamentos, da vontade concreta da lei², imporá o acerto quanto à aceitação da cláusula de *hardship* nos contratos consumeristas ou não.

Mais, a conclusão a ser traçada quanto à relação advinda entre comprador e fornecedor determinará as regras principiológicas a serem adotadas no caso concreto levado à apreciação do Poder Judiciário.

Por este motivo, a definição da teoria consumerista a ser aplicada sobre o caso concreto nos levará à utilização do sistema presente no Código Civil ou do microsistema originado pelo Código de Defesa do Consumidor.

Esta distinção é de suma importância, pois evidenciará a ação a ser proposta e o tipo de pedido que estará ao alcance do jurisdicionado em vista que aqueles casos abordados pelo Código Civil terão um regramento diferenciado quanto à análise do contrato e a destinação da tutela jurisdicional.

Considerando o caso concreto como típica relação consumerista, o pedido a ser realizado na ação proposta contemplará o de revisão contratual, enquanto, não se tratando de relação consumerista, mas apenas de relações intercivis ou interempresariais, pela sistemática do Código Civil, o pedido principal abordará a resolução do contrato, sendo exceção à regra geral a revisão do documento e sua alteração, pelo simples fato de que esta alternativa foi colocada pelo legislador apenas em casos de concordância entre as partes, pelo exposto no artigo 479 do Código Civil.

² CHIOVENDA. Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. 2 ed. Campinas: Bookseller, 2000.

Para dirimir qual norma a ser utilizada se a do Código Civil ou do Código de Defesa do Consumidor existem duas teorias a serem analisadas, a maximalista e a finalista, que passamos a discorrer em seguida.

A disputa entre as duas teorias está contida na conceituação de consumidor que é ofertada pelo artigo 2º da Lei nº 8078/90, uma vez que contempla este como sendo o seguinte: *Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.*

A diferenciação entre as duas teorias está ligada à idéia de *destinatário final*, em que uma teoria o conceitua de uma forma ampla (maximalista) e a outra, restringe a figura do destinatário final a apenas alguns casos, o que interfere em muito na aplicação do código consumerista por restringir o consumidor a poucas faixas de pessoas.

Ao ensinar sobre a teoria finalista, Filomeno³ explica que

[...] Consumidor seria apenas aquele que adquire o bem para utilizá-lo em proveito próprio, satisfazendo uma necessidade pessoal e não para revenda ou então para acrescentá-lo à cadeia produtiva.

Para Marques⁴, a teoria finalista

[...] restringe a figura do consumidor àquele que adquire (utiliza) um produto para uso próprio e de sua família, consumidor seria o não profissional, pois o fim do CDC é tutelar de maneira especial um grupo da sociedade que é mais vulnerável.

O contraponto desta teoria é a maximalista que, conforme a própria expressão nos traz à memória, maximiza o conceito de *destinatário final* para um número incomensurável de pessoas, desde aquele que compra o produto ou serviço para uso próprio, pessoal, até para aquele que adquire para a finalidade precípua da profissão em que atua.

Lima Marques define esta teoria com maestria ao abordá-la da seguinte forma:

Os maximalistas vêem nas normas do CDC o novo regulamento do mercado de consumo brasileiro, e não normas orientadas para proteger somente o consumidor não-profissional. O CDC seria um Código geral sobre o consumo, um Código para a

³ GRINOVER, Ada Pellegrini e outros. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do projeto*. Ed. 08. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 34.

⁴ MARQUES, Cláudia Lima e outros. *Comentários ao código de defesa do consumidor*. Arts. 1º ao 74 – Aspectos materiais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 72.

sociedade de consumo, que institui normas e princípios para todos os agentes do mercado, os quais podem assumir os papéis ora de fornecedores, ora de consumidores.⁵

A doutrina e a jurisprudência têm se inclinado pela teoria finalista no esforço em trazer para o Código de Defesa do Consumidor a especialidade tão apreciada pelas normas condizentes a um microsistema próprio, regrado os demais casos pelo Código Civil, por já apresentar um sistema dotado de recursos para amparar relações intercivis e interempresariais.

Esta solução para a contenda das teorias é fundamentada no fato de que o microsistema da Lei 8078/90 deve ser aplicado a consumidores, que em razão de sua hipossuficiência, denotam uma vulnerabilidade técnica, econômica e jurídica⁶.

Situação exemplar ocorreu nos Estados Unidos, onde as instituições financeiras foram reduzidas a poucos núcleos que incorporavam os pequenos bancos.

Tal situação determinou a realização pelo governo americano do chamado *Antitrust Revolution*⁷ com o intuito de entregar ao mercado maior competitividade frente aos grandes grupos que começavam a ameaçar as instituições americanas.

Entretanto, posteriormente, foi verificada a ausência de concorrência dentro do mercado norte-americano, uma vez que os grandes núcleos financeiros americanos formados através das fusões e incorporações não permitiam mobilidade ao mercado interno.

Assim, o governo americano novamente interferiu no mercado impondo a chamada *concorrência potencial*, onde as empresas não poderiam incorporar outras, mas constituir nova empresa pelo fato de tê-la adquirido.

Tal determinação foi fundamentada na função social da empresa em busca de maior concorrência e desconcentração do mercado, originando associações entre a Toyota e a General

⁵ Idem.

⁶ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor. O Novo Regime das Relações Contratuais*. 4ª Ed. São Paulo: RT, 2002.

⁷ MAGALHÃES, José Carlos de. *A concentração de empresas e a competência do CADE*. São Paulo, RDM, 119/40-41, janeiro-março de 1999.

Motors, em 1983; Mitsubishi e Chrysler, em 1985; Suzuki e General Motors, em 1986; Mazda e Ford, em 1986; Honda e Rover, em 1986; Mitsubishi e Volvo, em 1990 e outras⁸.

Desta forma, podemos perceber a realização de grandes associações que trariam a idéia de empresas supranacionais e detentoras de enorme capacidade financeira para conquistar o mercado internacional e diluir seus custos de produção, rompendo com as fronteiras nacionais e globalizando os meios de produção.

Esta realidade acabou por determinar o surgimento destas super sociedades que detinham grande aporte financeiro, mas que entregavam ao mercado consumidor, fornecedores e empregados várias dúvidas quanto a personalidade jurídica a ser responsabilizada, tendo em vista as associações serem cada vez mais complexas e indeterminadas.

Este exemplo mostra a preocupação da teoria maximalista em ampliar sobremaneira o conceito de consumidor para protegê-lo destas empresas supranacionais que por várias vezes chegam a não ser reconhecidas pelo próprio Poder Judiciário, ante a quantidade de sucursais destes grandes conglomerados.

Vide o acórdão prolatado em razão do voto n° 11.517, agravo de instrumento n° 330.945-5/2 do processo n° 53.751/2001 da 32ª Vara Cível da Comarca da capital (São Paulo), em que a agravante era denominada com um nome e, logo após, com outro de maior notoriedade, constando o seguinte, textualmente: *mastercard international incorporated (outro nome: redecad S/A)*.

No entanto, o entendimento foi no sentido de que a teoria finalista deveria prevalecer pelo fato de que por menores que sejam as empresas em disputa com grandes corporações, aquelas detêm ainda um maior grau de conhecimento técnico, jurídico e econômico, existindo ressalva para a aplicação desta teoria.

A ressalva, que traz um abrandamento da teoria finalista é no sentido de que a empresa a adquirir determinado produto ou serviço não utilize este para seu objeto social, ou seja, para sua destinação para o qual constituída.⁹

⁸José Carlos de Magalhães, ob. cit., p. 41.

⁹GRINOVER, Ada Pellegrini e outros. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do projeto*. Ed. 08. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 35.

Deste modo, se a empresa adquire a contratação de serviços de segurança e seu objetivo social é a produção de bebidas destiladas, temos a contratação de um serviço estranho à destinação pela qual a empresa fora constituída, operando, portanto, nestas relações entre a empresa e os serviços de segurança, a Lei nº 8078/90.

O mesmo não podemos afirmar se esta mesma empresa adquire maquinário para o moagem de cana de açúcar, quando, então, será aplicado o Código Civil por se tratar de uma relação interempresarial, claramente ligada à dependência da empresa sobre o maquinário adquirido para chegar até seu fim primordial, isto é, seu objetivo social para o qual constituída e em funcionamento.

E assim foi decidido pela transformação adotada no Código Civil de 2002, que passou a adotar princípios condizentes e convergentes com a Lei nº 8078/90, como é o caso do princípio da função social do contrato, para citarmos apenas um exemplo, que deve ser aplicado em benefício da empresa que podemos entender hipossuficiente em comparação com outra de grande porte.

Certo que a análise do contrato celebrado e seus efeitos destoarão em comparação com a codificação a ser aplicada, no entanto, ofertará a tutela jurisdicional apta a proteger os interesses do contratante de boa-fé.

2. EFEITOS DAS TEORIAS CONSUMERISTAS SOBRE A RESOLUÇÃO (OU REVISÃO) DO CONTRATO

2.1. Efeitos sobre as relações intercivis e interempresariais: resolução do contrato

Este item possui fundamentação nos artigos 475¹⁰ e 478¹¹ do Código Civil, lembrando que o primeiro trata da resolução do contrato por inadimplemento do devedor, isto é, será uma ação

¹⁰ Art. 475. A parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos.

¹¹ Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e

manejada exclusivamente pelo credor. Enquanto o artigo 478 normatiza a ação de resolução por onerosidade excessiva, que pode ser utilizada tanto pelo credor quanto pelo devedor.

Notemos que os dois artigos manifestam sua imposição através da expressão *resolução*, não permitindo outro meio ao interessado em alterar o contrato pactuado, não importando a motivação decorrente pelo não cumprimento do acordo celebrado por qualquer das partes.

Chamamos a atenção para este aspecto por não termos esta única via no Código de Defesa do Consumidor e, quando existente a possibilidade de revisão no Código Civil, virá como exceção a ser acionada pela outra parte, ou seja, no Código Civil, o prejudicado dependerá da aquiescência da outra parte pela revisão do contrato, caso contrário utiliza-se a regra geral de resolução.

No artigo 475 do Código Civil, transparece que o legislador deixou de lado as boas nuvens que permeavam o Direito na aplicação da justiça social para ainda assim se apegar ao princípio da *pacta sunt servanda*, digna de preponderância no Código Civil de 1916 e, portanto, de séculos passados, o que deixou de evoluir na nova codificação.

Esta análise parte do princípio de que, simplesmente, não surge outra possibilidade seja no mencionado artigo seja na seção que trata da cláusula resolutiva. Assim, destina-se a tutela jurisdicional para a resolução ou para o cumprimento do contrato até seu termo final, da forma como pactuado entre as partes.

Entretanto, o artigo 478 parte de outra análise sobre os contratos de execução continuada ou diferida ao normatizar que na ocorrência de onerosidade excessiva, *poderá o devedor pedir a resolução do contrato*.

A importância desta previsão é a minimização do princípio da *pacta sunt servanda*, ao aplicar o princípio da sociabilidade, expondo esta nova realidade do direito, voltado à sociedade e não à individualidade, interagindo com a própria característica da Constituição Federal, notadamente do que consta em seu preâmbulo.

O Direito Civil possui uma carga individual preponderante, mas deve proteger a sociedade, a coletividade, sendo seu dever o respeito ou prestígio dos direitos decorrentes da

imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.

sociedade, ou seja, o novo Código Civil rompeu o caráter individualista do diploma de 1916, aproximando-se das legislações posteriores à Carta Magna, como é o caso do Código de Defesa do Consumidor.

Rosenvald, através de interessante passagem, ensina que

[...] a onerosidade excessiva atende ao princípio da justiça contratual, que impõe o equilíbrio das prestações nos contratos comutativos, a fim de que os benefícios de cada contratante sejam proporcionais aos seus sacrifícios.¹²

Interessante distinção aponta Aguiar Júnior, ao apontar a definição de Margarita Castilla-Barea, quando diferencia a onerosidade excessiva da impossibilidade superveniente e que pela importância do assunto, passamos a mencionar. Textualmente:

[...] cada uma das partes de realidades diferentes: no caso da impossibilidade superveniente, como é bem sabido, é essencial que a prestação já não pode realizar-se; nos casos a que tratam de dar respostas às doutrinas que têm em conta a alteração sobrevinda das circunstâncias, a prestação continua sendo realizável, mas seu cumprimento é suscetível de produzir algum resultado rechaçável pelo ordenamento jurídico, em atenção a razões essencialmente de justiça social.¹³

Pondera ainda Aguiar Júnior que a impossibilidade não exige a imprevisibilidade ou ser um caso extraordinário, como é exigido para a aplicação da onerosidade como também, pela impossibilidade, não se atrela este acontecimento à uma ação ou decisão judicial, pois acontece por si só, *independentemente de manifestação judicial*,¹⁴ enquanto a outra depende de sentença.

O grande problema para a aplicação da onerosidade excessiva aos contratos está ligado ao fato de que o Código Civil impõe a existência da imprevisibilidade ou de acontecimentos extraordinários, ou seja, condiciona-se a revisão contratual a um evento futuro e incerto, decorrente da ideia de que se uma das partes soubesse da possibilidade de ocorrência deste evento, não teria firmado a relação contratual.

A mesma interpretação é ofertada por Venosa quando ensina o seguinte:

[...] No direito do consumidor, mais leve têm se mostrado esses requisitos. [...] Devem atingir uma camada mais ou menos ampla da sociedade. Caso contrário, qualquer vicissitude na vida particular do obrigado serviria de respaldo ao não-cumprimento da

¹² PELUSO, Cezar. Código civil comentado. *Doutrina e jurisprudência*. Ed. 03. Barueri: Manole, 2009, p. 513.

¹³ AGUIAR JÚNIOR. Ruy Rosado de. Comentários ao novo código civil, volume VI, tomo II: *da extinção do contrato*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 881.

¹⁴ Idem.

REVISTA ELETRÔNICA DA
FACULDADE DE DIREITO DE FRANCA

www.revista.direitofranca.br

v. 6, n.1, dez/2012, ISSN: 1983-4225

avença [...] Não podemos atribuir a qualidade de extraordinário ao risco assumido no contrato em que estavam cientes as partes da possibilidade de sua ocorrência; neste sentido, tem decidido a jurisprudência majoritária [...]¹⁵

Scartezzine Guimarães, ao abordar o tema sob a ótica de Arnaldo Medeiros da Fonseca expõe da seguinte forma: *Não basta que o fato dificulte exageradamente o cumprimento da obrigação; deve haver, em contrapartida, um benefício ao co-contratante. Só nessa hipótese é que se pode falar em efetiva quebra do sinalagma.*¹⁶

Mas como se não bastasse a essencialidade quanto à existência de um caos futuro, o legislador determina a prova ainda de extrema vantagem decorrente à outra parte, operada pela ocorrência do desequilíbrio contratual e a excessiva oneração da outra.

Reparem que a base de prova para este tipo de ação é a comprovação por parte da parte prejudicada da imprevisibilidade do evento e a fatídica comprovação de grande vantagem para a parte que se encontra no outro pólo da relação contratual.

A comprovação deste fato ligado à excessiva vantagem dificulta em muito o sucesso da ação, pois é uma informação privilegiada da parte, normalmente protegida de sigilo bancário ou de outros meios contábeis hábeis a evadir esta suspeita de recebimento de grande vantagem.

A lei não busca meramente um desequilíbrio sócio-contratual, mas vai além ao estipular a produção de prova, em rigor, de difícilíssima comprovação por parte da pequena empresa ou de um singelo profissional, que possam estar diante de grandes empresas ou de um conglomerado.

Época marcante, em janeiro de 1999, em que podemos citar como exemplificadora na utilização deste tipo de ação foi durante a grande alta do dólar, que estava atrelado a contratos de *leasing*¹⁷.

¹⁵ VENOSA, Silvio de Salvo. Direito civil. *Teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. Ed. 06. Vol. 02. São Paulo: Atlas, 2006, p. 464.

¹⁶ GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezzini. Vícios do produto e do serviço por qualidade, quantidade e insegurança: *cumprimento imperfeito do contrato*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 112.

¹⁷ STJ - AgRg no Ag 477918 / SP ; AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO DE INSTRUMENTO2002/0131449-4; AgRg no REsp 645902 / RS ; AGRADO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL2004/0037963-1; AgRg no REsp 606319 / SP ; AGRADO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL2003/0205642-7; AgRg no REsp 593613 / CE ; AGRADO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL2003/0167351-9.

Pelo exposto, verificamos que este digno trabalho herculiano para comprovação das duas vias essenciais ao resultado da resolução do contrato pela sistemática do artigo 478 do Código Civil, apenas contará com uma possível revisão do contrato caso o devedor assim o queira.

É a forma como está previsto no artigo 479 que ainda impinge tal sofrimento ao devedor, que necessita da alteração do convencionado para não sufragar ao seu credor uma possível alteração das cláusulas convencionadas que estejam o prejudicando.

Portanto, esta possibilidade do artigo 479 do Código Civil, como já dito acima, vem em caráter de excepcionalidade, não obrigando ao credor ou ao Juízo a revisão do contrato fora dos termos acima delineados, justamente por ser benefício ao devedor que deve ser manifestado pelo credor.

2.2. Efeitos sobre as relações consumeristas: revisão (regra) e resolução do contrato (exceção)

A distinção e importância do Código de Defesa do Consumidor frente às outras legislações não está presente nas normas que conceituam consumidor, fornecedor ou prestador de serviços, mas nas disposições do artigo 4º da Lei, uma vez que especifica o seguinte:

A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

Pontuamos que a legislação consumerista não está baseada em conceitos, mas em diretrizes principiológicas, que sustentam a estrutura de proteção do consumidor de forma a ampliar a linha do tempo em que o conjunto de normas se manterá atualizado de acordo com as necessidades da população.

Exemplo disto é o fato de que enquanto a conceituação de consumidor existente no artigo 2º conduz a uma dualidade de teorias que buscam enquadrá-lo como ser protetivo da legislação, de outro ponto há os princípios que enfocam e objetivam suas garantias, sem qualquer dubiedade quanto a esta proteção.

Daí o sistema de revisão contratual ou resolução estão extremamente atualizados e aptos a elucidar os problemas contratuais muito além da conceituação de consumidor e os transtornos que isso possa causar.

Isto evoca nossa percepção para dois pontos de principal importância, que trataremos a seguir.

Como primeiro ponto de grande importância, entendemos que os artigos da legislação consumerista aptos a ensejar a resolução (artigos 53 e 54) ou a revisão (artigo 6º, V) do contrato constituem-se em verdadeiras normas principiológicas, pois estruturam a defesa do consumidor em relação a estes pontos de forma a não deixar dúvidas ou interpretações dúbias.

Vistas como normas principiológicas, os princípios nada mais são que espécies de norma do qual também integram esta classificação as regras, formando, portanto, o gênero norma.

As normas principiológicas, conforme ensinamento de Tavares servem de vetores para a interpretação válida da Constituição, justamente por sua abstratividade o que determina significados às demais normas (normas-regras).¹⁸

Neste sentido, a interpretação das normas-regras por intermédio de normas principiológicas viabiliza um maior entendimento com o fim de busca da vontade concreta da lei.¹⁹

Posto desta forma, a riqueza de detalhes quanto à aplicação de uma norma-regra embasada em princípios confere ao aplicador do direito a segurança essencial para a decisão de um caso concreto ou até mesmo quanto à explanação de determinado caso jurídico.

Segundo Robert Alexy, isto se deve ao fato de que os princípios são normas *que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes*, razão pela qual designa os princípios por *mandamentos de otimização*.²⁰

2.2.1. Revisão do contrato (regra)

¹⁸ TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 100.

¹⁹ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. 2 ed. Campinas: Bookseller, 2000.

²⁰ JÚNIOR, Nelson Nery. Princípios do processo na constituição federal. *Processo civil, penal e administrativo*. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 25.

Quando tratamos do artigo 6º, V do Código de Defesa do Consumidor um grande leque de possibilidades e alternativas são abertas no momento da interpretação do contrato e revisão de suas cláusulas.

Isto assim se configura pelo fato de que em bela explanação de Lima Marques, o Código Civil de 2002 é feito para *iguais*, o que os promove ao patamar de igualdade nas relações jurídicas, impondo a revisão de cláusulas em casos especialíssimos que importem apenas na renúncia de direitos por uma das partes, à mais fraca, civil ou empresarial, ou que gerem dubiedade. Enquanto, o Código de Defesa do Consumidor foi produzido para partes distintas ou como diz a autora, para *diferentes*, originando o dever de revisão de todas as cláusulas²¹, ou seja, aberto está o leque de revisão nos contratos consumeristas, sem restrições, que ocorrem no Código Civil de 2002.

Desta feita, o artigo 6º, V, traz como direito básico do consumidor em seu inciso, o seguinte: *a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas*.

Não precisamos nos ater ao fato de que a expressão utilizada no artigo em questão: *excessivamente onerosas*, não possui a mesma interpretação daquela lançada no Código Civil de 2002, uma vez que a do Código de Defesa do Consumidor está ligada à ideia de desproporção, lesão, desequilíbrio contratual e má-fé, isto é, fatores que vão muito além à noção existente na codificação civil.

A norma legal que fundamenta o pedido de revisão contratual possui dois núcleos importantes: modificação e revisão.

Esta diferenciação vem em prol do consumidor ao ponto que os dois núcleos resultam em maior amplitude na revisão dos contratos consumeristas, pois os termos propostos apontam a uma interpretação do termo *revisão* mais amplo que a simples técnica jurídica permite.

Quando o Código de Defesa do Consumidor denota a possibilidade de revisão em seu artigo 6º, V, consideramos que esta abordagem deve ser interpretada como um gênero, ante a possibilidade de revisão das cláusulas em dois momentos:

²¹ MARQUES, Cláudia Lima e outros. Comentários ao código de defesa do consumidor. Arts. 1º ao 74 – Aspectos materiais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 679.

a) quando da assinatura do contrato existir cláusula que determine prestações desproporcionais contra o consumidor;

b) após a assinatura do contrato e geração de efeitos, surgindo fatos estranhos ao pacto contratual, que gerem, a partir da superveniência deste fato, uma onerosidade excessiva contra o consumidor.

O primeiro apontamento quanto ao gênero revisão contratual do contrato, indicamos a espécie *modificação* das cláusulas contratuais, constante do item A acima, ou seja, da primeira parte do artigo 6º, V do Código de Defesa do Consumidor importa na configuração de cláusula denominada de leonina ou cláusula abusiva, conforme discriminadas, exemplificativamente, no artigo 51 do mesmo diploma legal.

Nery conceitua tais cláusulas como sendo

[...] aquelas notoriamente desfavoráveis à parte mais fraca na relação contratual de consumo. [...] Sua existência não torna nulo o contrato e pode estar presente tanto nos contratos de adesão como em qualquer outro contrato de consumo, verbal ou escrito [...].²²

Esta individuação do gênero revisão importa que em se tratando da *modificação* de cláusula devemos partir da premissa de que inexistente qualquer agente externo a macular as regras do contrato já firmado, tendo em vista que em caso de modificação e, repita-se, tratando da primeira parte do artigo 6º, V da codificação consumerista, a mácula será inerente ao contrato por estar inserida em suas cláusulas quando da avença obrigacional.

Assim, o contrato deverá ser modificado por vício constante de seu corpo. Ausente qualquer fato superveniente que vem a trazer o descompasso das cláusulas contratuais, como aborda a segunda parte do artigo 6º, V da codificação citada, o que gera como benéfico ao consumidor o fato de que o contrato não será nulo, mas ocorrerá tão somente a *modificação* da cláusula formulada com a flagrante ilegalidade.

No entanto, quando abordamos a segunda parte do artigo 6º, V, o momento de *revisão* da cláusula contratual é outro, bem como a expectativa de revisão do contrato ou não.

²² NERY JÚNIOR, Néelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 763.

Para a ocorrência da *revisão* necessário o preenchimento de certos requisitos essenciais para o cumprimento do exposto no artigo em comento, que em muito diferem daqueles traçados na estrita possibilidade apurada no Código Civil, através da Teoria da Imprevisão.

A revisão tratada no Código de Defesa do Consumidor possui aspecto de maior dimensão e liberdade quanto à sua alegação e aceitação, já que não fica restringida à aquiescência da outra parte, tal como ocorre no Código Civil, mas passa pelo crivo do Judiciário, independentemente da aceitação daquele ou não.

Outra importância que denotamos à esta norma, está no fato de que a existência do requisito *onerosidade excessiva* não deve ser interpretada como dependente dos requisitos essenciais para sua verificação tal qual como traçado pelo Código Civil, que já fora tema de abordagem em outro momento.

A configuração da onerosidade excessiva nos contratos de consumo está vinculada à existência de *atos supervenientes* que venham a gerar o desequilíbrio da relação contratual, como consta do texto do artigo 6º, V da Lei nº 8078/90.

O fato superveniente será configurado com o surgimento de algo que venha a retirar a segurança financeira estabelecida quando do pacto celebrado entre as partes, sem exigir imprevisão, extrema vantagem ou irresistibilidade²³, ou seja, o condão da norma é a manutenção do pacto de vontades através da estipulação de novas regras que venham a estabelecer o reequilíbrio da obrigação que fora assumida anteriormente.

Entretanto, apesar da aparente liberdade em alegar a onerosidade excessiva no contrato de consumo, devemos entender que esta alegação não será corroborada pelo Judiciário em virtude de dificuldades momentâneas e esporádicas, hábeis a causar o inadimplemento relativo ao contrato e o mero dissabor do eventual devedor em ter que arcar com os custos referentes a esta inadimplência.

A ideia da onerosidade excessiva, apesar de não coadunar com os mesmos requisitos essenciais presentes no mesmo instituto no Código Civil e daí sua extrema dificuldade de

²³ MARQUES, Cláudia Lima e outros. Comentários ao código de defesa do consumidor. *Arts. 1º ao 74 – Aspectos materiais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 180.

comprovação, no Código de Defesa do Consumidor, temos que ter a noção de que esta onerosidade provocará lesão enorme capaz de causar a ruína da relação contratual.²⁴

Mas, enfim, o legislador assim concebeu o instituto no intuito de manter o pacto entre as partes, diferentemente do que ocorre no Código Civil, em que, caso a intenção tenha sido a mesma, as dificuldades alçadas para a comprovação da onerosidade excessiva pela Teoria da Imprevisão praticamente colocam a perder a segurança jurídica entendida pelo legislador do código consumerista.

2.2.2. Resolução do contrato (exceção)

Ante a possibilidade de *modificação* e *revisão* do contrato havido em relação consumerista, temos ainda a possibilidade de sua *resolução*, nos termos dos artigos 53 e 54 do Código de Defesa do Consumidor.

Respeitado o princípio da bilateralidade dos contratos, temos que a execução da obrigação por uma das partes também obriga a outra, confundindo-se entre estas as figuras de devedor e credor.

Tal ocorre devido ao fato de que através do compromisso firmado, uma parte possui a obrigação de pagar o preço determinado, sempre respeitando as datas de vencimentos para que não incida em mora. De outro lado, a outra parte assume a responsabilidade de que no momento do recebimento total do preço ou antes deste, conforme fora ajustado, transferirá a propriedade do bem.

Portanto, assim analisado, percebemos que as relações jurídicas contratuais são lastreadas pelas características da bilateralidade, consensualidade e onerosidade, na grande maioria dos casos invocados pelos artigos em comento.

Presentes estes requisitos impedimos a presença de qualquer vício que possa resolver o negócio jurídico celebrado.

²⁴ Idem.

Entretanto, o consumidor poderá utilizar da resolução do contrato firmado, quebrando as características da bilateralidade e onerosidade, apesar da consensualidade expressa em contrato escrito em que as partes se responsabilizavam em saldar as obrigações.

A bilateralidade e a onerosidade deixam de existir a partir do momento em que o pacto de confiança celebrado entre as partes, representado pela consensualidade, determinava que estas cumprissem o acordado até seu termo final.

Por meio desta nova situação, em que o consumidor requer quebra da dependência manifestada contratualmente por vontade exclusiva deste, configura-se a hipótese dos artigos 53 e 54 do Código de Defesa do Consumidor.

No entanto, com a resolução do contrato a ser procedente pelos elementos que levam a termo a relação pactuada seja por vício existente ou ainda por vontade exclusiva do consumidor, surge a necessidade de que a outra parte restitua as parcelas que foram pagas por àquele.

Entretanto, tal restituição não deve ser realizada precipitadamente, mas através da observância do prejuízo sofrido por uma parte e a fruição do bem por parte da outra.

Nada mais temos que a vedação ao enriquecimento ilícito, sendo, no presente caso, matéria protegida pela Lei nº 8078/90, em seu artigo 53, mas também já presente no Código Civil, devendo ser observado que esta vedação deve ser alçada às partes contratantes e não apenas ao eventual inadimplente.

Esta previsão, de restituição das partes ao *status quo ante* deve ser mantida na relação de equilíbrio do contrato, justamente em razão do próprio veto ocorrido sobre o § 1º do artigo 53 do CODECON, em que podemos transcrever tais razões:

Torna-se necessário dar disciplina mais adequada à resolução dos contratos de compra e venda, por inadimplência do comprador. A venda dos bens mediante pagamento em prestações acarreta diversos custos para o vendedor, que não foram contemplados na formulação do dispositivo. A restituição das prestações, monetariamente corrigidas, sem levar em conta esses aspectos, implica tratamento iníquo, de consequências imprevisíveis e danosas para os diversos setores da economia.²⁵

²⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini e outros. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do projeto*. Ed. 08. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 619.

Assim, esta breve análise dos artigos 53 e 54 demonstra a possibilidade da rescisão do contrato de consumo, cingida a outros requisitos, notadamente a restituição das partes a uma situação próxima àquela anterior à formulação e aceitação do pacto consumerista.

3 DA CONSISTÊNCIA DA APLICAÇÃO DA CLÁUSULA *HARDSHIP* AOS CONTRATOS DE CONSUMO

Na parte introdutória do texto, apontamos, inicialmente, a ideia da cláusula de *hardship*, através da seguinte explanação de Martins-Costa:

[...]a que permite às partes postular uma “nova arrumação” do contrato que as vincula se e quando uma mudança incidente sobre os dados iniciais da contratação vier a modificar o equilíbrio do contrato, a ponto de fazer sofrer, a uma delas, um rigor (*hardship*) injusto[...]²⁶

Para Gomes, a *hardship* possui cláusulas análogas no direito pátrio, mas que não podem ser confundidas com a em comento, pois consistiria na desvirtuação dos institutos pátrios existentes em nossa legislação. Textualmente:

[...] é uma cláusula que permite a revisão do contrato se sobrevierem circunstâncias que alterem substancialmente o equilíbrio primitivo das obrigações das partes. Não se trata de aplicação especial da teoria da imprevisão à qual alguns querem reconduzir a referida cláusula, no vezo condenável de transferir tecnicamente os institutos do armário civilístico clássico aos novos contratos comerciais. Trata-se de nova técnica para encontrar uma adequada reação à superveniência de fatos que alterem a economia das partes para manter sob o controle das partes, uma série de controvérsias potenciais e para assegurar a continuação da relação em circunstâncias que, segundo os esquemas jurídicos tradicionais, poderiam levar à resolução do contrato [...]²⁷

Granziera nos ensina a amplitude da *hardship*, de forma que a mencionada cláusula possui uma série de possibilidades ou condições para sua utilização que vão além dos aspectos internos de um País, não se restringindo às fronteiras nacionais, mas enfrentando questões transnacionais que dificultem o relacionamento jurídico até então bem suportado pelas partes. Vejamos:

²⁶ MARTINS-COSTA, Judith. Comentários ao novo código civil. *Do direito das obrigações. Do adimplemento e da extinção das obrigações*. Vol. V. Tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 217.

²⁷ GOMES, Orlando. *Contratos*. Ed. 26. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

[...] uma situação em que a alteração de fatores políticos, econômicos, financeiros, legais ou mesmo tecnológicos que vigoravam na época da celebração do contrato resulte em consequências danosas para uma das partes. Tais modificações podem ser causadas por fenômenos geofísicos, pelas condições socioeconômicas vigentes no sistema internacional ou ainda pelas alterações no mercado internacional, advindas de crises estruturais, escassez, flutuação de preços, etc., e suas respectivas consequências na política comercial, como por exemplo: restrições e medidas de protecionismo [...] ²⁸

Estas noções, elencadas por autores acostumados às searas nacionais e internacionais denotam que as *hardship* são empregadas quando de um evento que muda o equilíbrio contratual entre os direitos e obrigações das partes, de tal forma dramática que o desempenho pode tornar-se ruinoso para um deles ou não pode ser razoavelmente esperado.

A grande virtude da *hardship* ao ser aplicada aos contratos de consumo está ligada à amplitude em sua utilização, pois não está restrita apenas a fatos nacionais, mas a todo e qualquer acontecimento político-econômico-financeiro ou até mesmo a catástrofes naturais, que provoque um grande desequilíbrio estranho à vontade das partes contratantes, sendo inevitável e imprevisível, ancorada a um dever de renegociar o contrato, buscando a essencial equidade e boa-fé nas relações jurídicas.

Posto isto, pensar em aplicar a cláusula de *hardship* a contratos intercivis e interempresariais, portanto, regulados pelo Código Civil, não nos parece o ideal, pois o Código Civil trata da Teoria da Onerosidade Excessiva de forma distinta da previsão traçada no código consumerista.

Assim, invocamos como beneficiados pela cláusula em comento tão somente os contratos amparados no caso do artigo 6º, V da Lei nº 8.078/90, tendo em vista que a previsão textual amplia as causas de onerosidade excessiva, estendendo em conteúdo a *hardship* em comparação com o artigo 478 da legislação civil, que em imperdoável regresso no tempo, prevê apenas o caso de resolução do contrato, salvo aquiescência do credor, somado ao fato ainda de que este credor tenha tido extrema vantagem perante o devedor.

²⁸ GRANZIERA, Maria Luiza Machado. Contratos internacionais. *Negociação e renegociação*. São Paulo: Ícone, 1990, p. 78.

Deste ponto de vista extraímos o fato de que a *hardship* será utilizada, principalmente, em contratos financeiros²⁹ como também nos de prestação de serviços³⁰, que demandam, costumeiramente, um risco impossível de ser avaliado pelos contratantes, notadamente em época de grande crise mundial.

CONCLUSÃO

Nítido no texto acima o tratamento diferenciado que o legislador imputou aos contratos consumeristas e àqueles intercivis e interempresariais, ao ponto de que, apesar de especificar as modificações e revisões através de institutos similares tanto no Código de Defesa do Consumidor quanto no Código Civil, o fato é que neste último as oportunidades de alteração não foram abrangidas tal qual na codificação consumerista, vindo a apenar aqueles outros contratos abrangidos pelo Código Civil.

Este ponto traz grandes modificações nas relações intercivis e interempresariais sob a égide da Teoria Finalista, que acabou por execrar as estes destinatários situações por demais estritas e de difícil comprovação quando do caso da necessidade imperiosa de revisão do contrato, ao que demonstra preferir sua resolução a um meio termo em que privilegiasse a continuidade contratual e o giro das relações mercantis, principalmente.

Sob este aspecto, até o momento, entendemos que tão apenas os contratos de consumo são passíveis dos benefícios da cláusula de *hardship*, ante a maior liberdade existente nesta codificação para a alteração das cláusulas contratuais.

Pesamos a isto, o fato de que este entendimento está amparado apenas sobre aqueles casos de aplicabilidade do artigo 6º, V da Lei nº 8078/90, que imputa como de ordem pública as possibilidades de modificação e revisão das cláusulas contratuais.

²⁹ TJ/SP. Apelação nº 992.06.073528-6. 34ª Câmara de Direito Privado. Data: 06/12/2010.

³⁰ TJ/SP. Apelação nº 992.07.041788-0. 25ª Câmara de Direito Privado. Data: 21/10/2010.

Assim, independentemente de constar ou não na literalidade do contrato a possibilidade de sua “nova arrumação”, como preceitua Martins-Costa³¹, temos como operante de forma inerente a estes contratos, a cláusula de *hardship*.

Por fim, não se pode deixar de salientar que o presente trabalho não se presta a esgotar o assunto, tampouco tem a pretensão de analisar todos os prismas pelos quais a cláusula de *hardship* pode ser enfrentada. Ainda assim, faz uma tentativa de contribuir, de maneira singela, com o estudo do tema.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR JÚNIOR. Ruy Rosado de. *Comentários ao novo código civil*, volume VI, tomo II: da extinção do contrato. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

CHIOVENDA. Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. 2 ed. Campinas: Bookseller, 2000.

GOMES, Orlando. *Contratos*. Ed. 26. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

GRANZIERA, Maria Luiza Machado. *Contratos internacionais. Negociação e renegociação*. São Paulo: Ícone, 1990.

GRINOVER, Ada Pellegrini e outros. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do projeto*. Ed. 08. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezzini. *Vícios do produto e do serviço por qualidade, quantidade e insegurança: cumprimento imperfeito do contrato*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

JÚNIOR, Nelson Nery. *Princípios do processo na constituição federal. Processo civil, penal e administrativo*. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MAGALHÃES, José Carlos de. *A concentração de empresas e a competência do CADE*. São Paulo, RDM, 119/40-41, janeiro-março de 1999.

³¹ MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo código civil. Do direito das obrigações. Do adimplemento e da extinção das obrigações*. Vol. V. Tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 217.

REVISTA ELETRÔNICA DA
FACULDADE DE DIREITO DE FRANCA

www.revista.direitofranca.br

v. 6, n.1, dez/2012, ISSN: 1983-4225

MARQUES, Cláudia Lima e outros. Comentários ao código de defesa do consumidor. Arts. 1º ao 74 – Aspectos materiais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARTINS-COSTA, Judith. Comentários ao novo código civil. *Do direito das obrigações. Do adimplemento e da extinção das obrigações*. Vol. V. Tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

NERY JÚNIOR, Néelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PELUSO, Cezar. Código civil comentado. *Doutrina e jurisprudência*. Ed. 03. Barueri: Manole, 2009.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

VENOSA, Silvio de Salvo. Direito civil. *Teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. Ed. 06. Vol. 02. São Paulo: Atlas, 2006.