

BÁRBARA MEINGAST PIVA

**O CONTRATO DE ADESÃO: ASPECTOS ATUAIS
E POSSIBILIDADES DE REVISÃO**

CURITIBA
2004

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANA

**O CONTRATO DE ADESÃO: ASPECTOS ATUAIS
E POSSIBILIDADES DE REVISÃO**

Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel, no curso de graduação em Direito, do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná.
Professor orientador: Paulo Roberto Ribeiro Nalin.

CURITIBA
2004

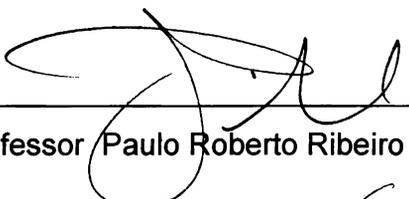
**O CONTRATO DE ADESÃO: ASPECTOS ATUAIS E POSSIBILIDADES DE
REVISÃO**

por

Bárbara Meingast Piva

Monografia aprovada como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel, no curso de graduação em Direito, pela Comissão formada pelos professores:

ORIENTADOR: _____


Professor Paulo Roberto Ribeiro Nalin


Professor Elimar Szaniawski


Professor Sérgio Seleme

Curitiba, 27 de outubro de 2004.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	IV
1 O CONTRATO: DESENVOLVIMENTO E EVOLUÇÃO DA TEORIA CONTRATUAL	1
1.1 Considerações preliminares	1
1.2 Evolução da Teoria Contratual	2
1.3 Teoria Contratual Clássica	3
1.4 Teoria Contratual da Pós-Modernidade	6
2 CONCEITO, NATUREZA JURÍDICA E CARACTERÍSTICAS	9
2.1 Conceito	9
2.2 Natureza Jurídica	11
2.3 Características	12
2.3.1 Predisposição	12
2.3.2 Uniformidade	12
2.3.3 Abstração	12
2.3.4 Rigidez	13
3 O CONTRATO DE ADESÃO E A INTERVENÇÃO ESTATAL (DIRIGISMO CONTRATUAL)	14
4 OS CONTRATOS DE ADESÃO E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	18
5 CONCEPÇÃO MODERNA DO CONTRATO E PRINCÍPIOS APLICÁVEIS	21
5.1 Considerações preliminares	21
5.2 Princípio da Autonomia Privada	23
5.3 Princípio da Boa-Fé	24

5.4	Princípio da Justiça Contratual	25
6	POSSIBILIDADES DE REVISÃO DOS CONTRATOS DE ADESÃO	27
6.1	Considerações preliminares	27
6.2	A Teoria da Imprevisão e a Revisão Contratual	29
6.2.1	Breve Histórico	29
6.2.2	Requisitos para a aplicação	31
6.3	Revisão Contratual: o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002	31
7	O CONTRATO DE ADESÃO E A CONCEPÇÃO CONTEMPORÂNEA DO CONTRATO	35
8	CONTRATO DE ADESÃO: MASSIFICAÇÃO E INSTRUMENTOS DE CONTROLE	38
9	CONSIDERAÇÕES FINAIS	42
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	44

INTRODUÇÃO

O contrato é o meio clássico pelo qual a sociedade dá impulso à circulação de riquezas. No Direito Romano, o contrato era tido como o instrumento idôneo, capaz de revestir de efeitos jurídicos à manifestação volitiva dos indivíduos. Antes de pactuarem as partes discutiam as cláusulas que iriam compor o contrato e, após chegarem a um consenso, finalmente se obrigavam.

A massificação contratual do século XIX alterou profundamente o modelo clássico do contrato, principalmente no que se refere à fase em que as partes transigem e, consensualmente, definem o conteúdo do pacto.

No Direito Contratual contemporâneo a sociedade capitalista reformula o contrato para viabilizar uma maior celeridade na circulação de riquezas. Neste contexto, surge a necessidade de extrair da fase pré-contratual o momento em que as partes debatem o conteúdo do contrato e substituí-la pela pré-formulação das cláusulas integrantes do pacto, de tal sorte que a uma das partes reste apenas a emissão de um assentimento.

Nesta conjuntura, o proponente apresenta as condições e o aderente as aceita sem discuti-las ou alterá-las. Essa inovação na forma de contratar, traz consigo uma disparidade intrínseca de condições entre os contratantes.

A existência da desigualdade no momento em que se forma o contrato suscita a intervenção estatal no sentido de garantir que não haja uma abusividade.

Diante da massificação contratual, o presente trabalho se destina à análise dos chamados contratos “standards”, ou contratos de adesão.

Preliminarmente, partiu-se para o exame do contrato e de sua evolução, passando em seguida para a análise da teoria contratual clássica, construída pela ideologia burguesa na França do século XVIII, para finalmente traçar algumas considerações acerca da teoria contratual da pós-modernidade.

No capítulo 2, realizou-se a análise do contrato de adesão, sua natureza jurídica e características. A intervenção estatal, chamada por alguns autores de dirigismo contratual, é objeto de tratamento no capítulo 3 deste trabalho que visa demonstrar, primordialmente, de que forma o Estado exerce

um controle legislativo das relações contratuais. Neste capítulo faz-se referência ao controle abstrato do contrato de adesão trazido pelo Código Civil Brasileiro em seus artigos 423 e 424, bem como a redação atribuída ao dispositivo 423 no Projeto de Reforma do Código Civil de autoria do Deputado Ricardo Fiúza.

O capítulo 4 foi reservado à análise do contrato de adesão à luz da Constituição Federal, principalmente no que se refere aos princípios constitucionais que são utilizados como parâmetros para regular as relações contratuais na sociedade contemporânea.

Os princípios aplicáveis aos contratos na atualidade são objetos de análise no capítulo 5, no qual se busca realizar uma abordagem dos princípios da autonomia privada, da boa-fé e da justiça social. Ainda neste capítulo procurou-se demonstrar a diferença principiológica contratual entre a Modernidade e a Pós-modernidade.

O capítulo 6 foi dedicado ao estudo das possibilidades de revisão dos contratos de adesão, sobretudo da Teoria da Imprevisão. Buscou-se ainda, a partir do exame do artigo 317 do Código Civil, abordar o enfoque atual acerca da desnecessidade da ocorrência de fatos imprevisíveis para o prosseguimento da revisão do contrato nas hipóteses em que incida a onerosidade excessiva.

No capítulo 7, fazem-se algumas considerações acerca do contrato de adesão e a concepção contemporânea do contrato.

Finalmente, no capítulo 8, examinou-se o fenômeno da massificação contratual e os instrumentos utilizados pelo Estado para conformar os contratos de adesão a uma perspectiva de justiça contratual, de tal sorte que haja uma proteção voltada ao aderente com a finalidade de equilibrar as relações contratuais aos paradigmas da atual conjuntura.

1 O CONTRATO: DESENVOLVIMENTO E EVOLUÇÃO DA TEORIA CONTRATUAL

1.1 Considerações preliminares

1.2 Evolução da Teoria Contratual

1.3 Teoria Contratual Clássica

1.4 Teoria Contratual da Pós-Modernidade

1.1 Considerações preliminares

Iniciando o exame do contrato de adesão, faz-se necessário traçar as linhas gerais que apontem na direção do desenvolvimento e evolução da teoria contratual, de tal sorte que possa haver uma compreensão do contrato a partir de seu viés histórico-social.

Cumpre salientar que o contrato não é somente o instrumento que, por excelência atribui efeitos jurídicos a um acordo de vontades e tem unicamente a finalidade de proporcionar a circulação de produtos e serviços. O contrato reflete o desenvolvimento das relações econômicas e sociais dos indivíduos no âmago da sociedade.

Por isso, mais importante do que dar impulso a um debate acerca das raízes do contrato, sua origens e características no Direito Romano – o que, aliás, vai além do objetivo do trabalho – é investigar as razões pelas quais o contrato sofreu profundas variações, transformando-se em um complexo instrumento de negociações da sociedade hodierna, que não mais se esgota no arcabouço conceitual difundido na Idade Média.

Em face dessas mudanças alguns autores passaram, até mesmo, a negar a origem romana do contrato, afirmando que o contrato em sua forma atual em nada se parece com os *contractus* romanos. De fato, o contrato assumiu contornos que o afastam muito do modelo romanescos, principalmente no que tange as solenidades que os romanos classificavam como imprescindíveis à validade do contrato e seus efeitos entre as partes.¹

¹ Orlando Gomes afirma que “Não é no direito romano que se deve buscar a origem histórica da categoria jurídica que hoje se denomina contrato, pois segundo Bonfante, era um especial vínculo jurídico (*vinculum iuris*), dependendo esta, para ser criada, de atos solenes (*nexum, sponsio, stipulatio*). É certo que o conceito sofreu alterações, e outros romanistas, como Riccobono, sustentam que o contrato era o

Com efeito, a sociedade assistiu – e assiste – a uma evolução do instituto, na medida em que, e especialmente, nas relações privadas a situação econômica dos contratantes é considerada como um relevante fator de controle e proteção por parte do Estado. A intervenção estatal² se dá por intermédio de normas imperativas que tem aplicação nos contratos em que se presume a hipossuficiência de uma das partes.

Ruíram os alicerces que sustentavam a manutenção da teoria clássica do contrato. Nesta conjuntura o contrato de adesão é um produto da evolução contratual e surge com a ruptura da teoria clássica e do conceito clássico de contrato. Aparentemente houve uma construção da teoria contratual clássica com a consolidação do liberalismo econômico do século XIX.

1.2 Evolução da Teoria Contratual

Não podemos entender a evolução contratual sem focar o nexo de causalidade existente entre os fenômenos históricos e a configuração atribuída ao contrato desde o seu surgimento até os dias atuais.

Para atingir com precisão o objetivo do presente trabalho, cumpre realizarmos um recorte temporal para iniciar a análise do período mais expressivo de desenvolvimento do contrato, toda a conceituação que envolveu sua localização e a forma pela qual adquiriu os delineamentos atuais. Esse período pode ser compreendido como sendo a transição entre o final da Idade Média e a Modernidade, cujo marco foi a Revolução Francesa.

Ao final do século XVIII a burguesia travou uma batalha decisiva contra os privilégios que, por muitos séculos, faziam da nobreza³ a única classe soberana e detentora de poderes. Enquanto classe que mais se

acordo de vontades, gerador de obrigações e ações, ou que na fase pós-clássica já se admitia que a origem das obrigações se encontrava na declaração da vontade das partes.”, p. 6.

² O exemplo mais típico dessa intervenção estatal ocorre no Direito do Trabalho, no qual se presume a hipossuficiência econômica do empregado em face do empregador. Outro exemplo, encontramos no Direito do Consumidor que se preocupa em evitar que ocorram abusos nas relações de consumo, em que pese ser o consumidor a parte tecnicamente e, muitas vezes, economicamente mais vulnerável do contrato.

O estabelecimento da necessidade e do grau de interferência estatal resulta de uma série de fatores, mas procura, antes de tudo, restabelecer o equilíbrio material de uma relação contratual na qual as partes envolvidas não possuem igualdade para discutir com justiça o seu conteúdo.

³ A nobreza apoiava a sua superioridade em fundamentos divinos, inexplicáveis segundo a razão, de tal sorte que afirmavam possuir supremacia em relação às demais pessoas porque seria essa a vontade de Deus.

desenvolvia e produzia riquezas, os burgueses ansiavam pela aquisição de direitos e pela liberdade de colocar em prática sua forma de organização social. O Código de Napoleão simbolizou a conquista burguesa, haja vista seu caráter patrimonialista.

Venosa trata do tema, definindo que “o Código Napoleônico foi a primeira grande codificação moderna. Espelha a vitória obtida pela burguesia, na revolução de 1789, com suas conquistas políticas, ideológicas e econômicas. Nesse estatuto, o contrato vem disciplinado no livro terceiro, dedicado aos diversos modos de aquisição da propriedade. Como uma repulsa aos privilégios da antiga classe dominante, esse Código eleva a aquisição da propriedade ao ponto culminante do direito da pessoa. O contrato é servil à aquisição de propriedade e, por si só, é suficiente para essa aquisição. No sistema francês, historicamente justificado, o contrato é um mero instrumento para se chegar à propriedade. O indivíduo, ao contrário do antigo regime, podia então ter plena autonomia de contratar e plena possibilidade de ser proprietário. O contrato é colocado como um meio de circulação de riquezas, antes à mão apenas de uma classe privilegiada”.⁴

1.3 Teoria Contratual Clássica

A ideologia burguesa consolidou-se com as construções jurídicas do Jusnaturalismo. A sociedade do século XVIII se desenvolveu sob a égide do capitalismo e do Estado Liberal não intervencionista, ao qual, na esfera privada restava apenas a função residual de zelar as obrigações entre os particulares fossem cumpridas.

Essa postura de Estado mínimo encontrava substrato na presunção de que não havia necessidade da interferência estatal nas relações privadas. Aliás, de uma maneira geral, não se concebia a intervenção estatal no plano econômico. As teorias econômicas sustentavam a desnecessidade do dirigismo estatal, pois no regime capitalista o mercado poderia se auto-regular, de tal sorte que se encarregaria de produzir uma distribuição justa de riquezas entre os indivíduos da sociedade.

⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 3 ed., São Paulo: Atlas, 2003, p. 362.

Nesta perspectiva, privilegiou-se a autonomia da vontade e o contrato passou a ser o principal instrumento através do qual poderia ser realizada a produção e a circulação de riquezas.

Entretanto, no cenário mundial do século XVIII, prevalecia a presunção de que todos os indivíduos eram livres e iguais para celebrarem seus contratos e através da manifestação plena da autonomia da vontade de cada contratante, poderiam deliberar até que chegassem a um consenso satisfatório acerca do conteúdo do ajuste que desejavam realizar.

Segundo contempla Philippe Stoffel “En effet, on ne peut pas permettre le principe. Tous ses repos de logique sur la volonté de a qu'on suppose raisonnable et considère. Cette vision des choses est un idéaliste, il est seulement exceptionnellement en réalité vérifié. En outre, la situation type dans laquelle on se place est celle où le contrat est librement négocié et délibéré entre las parties.”⁵

Manifestamente a igualdade e a liberdade idealizadas pelos filósofos desta época, não passavam de construções formais sem vinculação com a realidade social e econômica em que viviam os indivíduos neste período. Existia uma imperiosa necessidade de atribuir uma igualdade jurídico-formal para que os sujeitos, em sua maioria, destituídos de direitos patrimoniais, pudessem celebrar contratos.

Neste sentido, é de clareza irretocável a lição do Professor Paulo Nalin: “O contrato era tido como instrumento de circulação de riquezas, constituindo-se em adequado e legítimo mecanismo para que a classe em ascensão (burguesa) tivesse, à sua disposição, um meio legal para obter da classe aristocrática em decadência a tradição do bem jurídico mais importante para aquele sistema jurídico que era o real imobiliário. Estava consagrado o dogma da vontade e o contrato definido como instrumento de sua convalidação...”⁶

⁵ STOFFEL-MUNK, Philippe. Regards sur la théorie de l'imprevision: vers une souplesse contractuelle en droit privé français contemporain. D'aix-Marseille: Presses Universitaires D'aix-Marseilles, 1994, p. 37. Na tradução livre: Certamente, o princípio não pode ser admitido. Todos seus fundamentos supõem razoáveis e considera lógica a vontade. Esta visão das coisas é um idealismo, ela somente excepcionalmente é verificada dentro da realidade. Esta seria uma situação típica em que o contrato é negociado livremente e deliberado entre as partes.

⁶ NALIN, Paulo. Do contrato: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil – constitucional. 1 ed., 3ª tiragem. Curitiba: Juruá, 2003, p. 109.

"A liberdade naquela época foi posta como uma espécie de remédio para todos os males, cabendo ao direito dar forma a esse espírito individualista, criando, assim, a concepção tradicional de contrato, fundada na igualdade, na liberdade individual e no dogma da autonomia da vontade. As partes, na relação contratual, tinham posições de igualdade perante o direito, ou seja, podiam discutir individual e livremente as cláusulas do acordo de vontades. Tal preceito surgiu como espinha dorsal do sistema capitalista, já que o contrato se mostrou um instrumento jurídico eficaz e capaz de proporcionar a circulação de riquezas na sociedade." ⁷

O simulacro construído pelo capitalismo não contemplava as reais condições nas quais os contratos eram realizados. Insistindo na crença em uma ótica abstrata da realidade e da conjuntura social da época, presumia que os contratantes se obrigavam na medida exata de suas vontades e, portanto, o contrato fazia lei entre os indivíduos que o celebravam, pois originado pela concordância de ambos.

Para Juan Ramón Capella, "Correlato estrito da igualdade capitalista é uma liberdade análoga: todos os proprietários são, ademais, vistos como livres para tomar decisões de comprar e vender, de transmitir a propriedade (ou fazer circular a mercancia). Neste âmbito se prescinde das reais constringências materiais (não é relevante nele que quem venda sua capacidade para trabalhar o faça sob a constringência da fome dos seus). A igualdade e a liberdade, como proprietários, são essenciais nestas formas de produção socializada "primitivas" que são as sociedades capitalistas." ⁸

Este plano de idéias viabilizou a aplicação do princípio do *pacta sunt servanda* ⁹ aos contratos celebrados. O fundamento para a aplicação deste princípio era o consenso das partes no momento de contratar. No entanto, conforme afirma Venosa "O consensualismo pressupõe igualdade de poder entre os contratantes. Esse ideal, na verdade, nunca foi atingido." ¹⁰

⁷ MARTINS, Francisco Serrano. A teoria da imprevisão e a revisão contratual no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor. <http://www.jus.com.br.15/07/2004>, p.1.

⁸ CAPELLA, Juan Ramón. Os Cidadãos Servos. Trad. de Lédio Rosa de Andrade e Têmis Correia Soares. Porto Alegre: Editora Safe Iv, 1998, p. 72.

⁹ O princípio do "pacta sunt servanda" significa que os indivíduos deviam cumprir as cláusulas do contrato por eles estabelecidas.

¹⁰ VENOSA, Silvio de Salvo. Ob. Cit., p. 366.

Ensinam Fiuza e Giordano Bruno que “assim, todos os pensamentos jurídicos e filosóficos que demandavam maior autonomia aos indivíduos, encontraram eco nas exigências do capitalismo nascente. Foi o encontro das concepções que proclamavam que os homens nasciam livres e iguais, que essa liberdade e igualdade eram da essência do homem e que esses eram conceitos abstratos, independentes da real condição em que os homens eventualmente se encontrassem, com as necessidades econômicas de produção e circulação de riquezas”.¹¹

Neste contexto, a desigualdade social entre os indivíduos produzia quadros de injustiça insofismáveis. Apesar da disparidade entre os contratantes, via de regra, a parte economicamente mais forte auferia vantagens em detrimento do prejuízo da parte mais fraca.

1.4 Teoria Contratual da Pós-Modernidade

O século XIX trouxe uma nova perspectiva à sociedade. A Revolução Industrial transformou a concepção acerca da produção de mercadorias e de sua circulação no mercado. Nascia, neste cenário, a produção em massa.

Enquanto insipiente modo de produzir, a massificação significou um aumento intenso na quantidade de mercadorias produzidas e, em consequência, a necessidade de articular formas de acelerar o escoamento da produção.

O desenvolvimento científico e tecnológico, a explosão demográfica, a expansão urbana, a concentração de capitais pelas empresas, a sofisticação e alto preço de bens e serviços tornaram insuficientes os modelos clássicos e mecanismos dos contratos tradicionais. As novas figuras contratuais são uma consequência do dinamismo, da complexidade, da automatização, das necessidades econômicas da vida moderna.¹²

O modelo clássico utilizado para realização de contratos já não era compatível com a rapidez com a qual se desenvolviam as relações

¹¹ FIUZA, César; ROBERTO, Giordano Bruno Soares. Contratos de Adesão. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 26.

¹² CAMARGO SOBRINHO, Mário de. Contrato de Adesão e a necessidade de uma legislação específica. Campinas: Interlex Informações Jurídicas, 2000, p. 144.

comerciais, de tal forma que o prazo para debater o conteúdo do contrato era praticamente inexistente.

Fiuza e Giordano Bruno, explicam que “Foi a produção em massa que exigiu a comercialização em massa dos produtos, fazendo com que a contratação perdesse, sistematicamente o caráter livre e demorada negociação para ganhar caráter mais geral.”¹³

O modelo clássico de contrato já não podia ser utilizado na nova sociedade de massas e, em consequência, os seus sustentáculos teóricos encontravam-se em declínio. Os pressupostos que apoiavam o princípio da vontade e do consensualismo já não podiam ser aplicados nos contratos de massa, haja vista que nesta nova forma de contratar não havia tempo para debates entre as partes a fim de que se formasse um consenso.

Nem mesmo a autonomia da vontade permaneceu imune à nova fase do contrato, de uma vez que, via de regra, já não havia manifestação de vontade dos contratantes na elaboração do ajuste. As empresas estabeleciam um modelo padrão de contrato e o disponibilizavam ao público, de modo que todo aquele que tivesse interesse em adquirir suas mercadorias o fizesse em forma de adesão ao conteúdo pré-estabelecido.

Philippe Stoffel ilustra esse contexto afirmando que “Il est devenu banal de constater combien l'essor du capitalisme a eu pour corollaire une explosion des échanges, c'est à dire des contrats. La société de consommation a modifié la pratique contractuelle. Devenant le plus souvent l'accessoire formel d'une transaction type, le contrat s'est standardisé. La phase de négociation est devenue une étape de plus en plus rare dans son processus de formation. Ainsi, qu'on l'a remarqué, la standardisation est incompatible avec la négociation. A l'évidence le consommateur ne négocie point, mais le professionnel nele pourrait pas plus, même s'il le souhaitait.”¹⁴

Venosa esclarece que “A autonomia da vontade não mais se harmoniza com o novo direito dos contratos. A economia de massa exige

¹³ FIUZA, César; ROBERTO, Giordano Bruno Soares. Ob. Cit., p.56.

¹⁴STOFFEL-MUNK, Philippe, Ob. Cit., p.37. Na tradução livre: Tornou-se desnecessário anotar que a ascensão do capitalismo teve como corolário uma explosão das trocas. A sociedade de consumo modificou a prática contratual. Transformando-se geralmente como forma de transação um padrão único, o contrato foi estandardizado. A fase da negociação transformou-se em estágio cada vez mais raro em seu processo de formação. Assim, como se observa, a estandardização é incompatível com a negociação. Com o óbvio o consumidor não negocia, e nem poderia ainda que desejasse.

contratos impessoais e padronizados; de outro modo, o individualismo tornaria a sociedade inviável.”¹⁵

Tais inovações levaram os juristas a um estado de perplexidade. O modelo tradicional de contrato estava morrendo, para ceder lugar às novas formas: contratos de adesão; contratos regulados, cujo conteúdo é dado pelo legislador; contratos necessários etc.¹⁶

Essas mudanças colaboraram para que os indivíduos contratassem com maior facilidade e demonstraram a fragilidade das construções teóricas do século XVIII, de uma vez que as desigualdades sociais emergiram porque não mais encobertas pela abstração da lógica formal.

Segundo Venosa “A autonomia da vontade não mais se harmoniza com o novo direito dos contratos. A economia de massa exige contratos impessoais e padronizados; de outro modo, o individualismo tornaria a sociedade inviável.”¹⁷

Certamente, o modelo de contrato atual não se harmoniza com a sociedade de consumo em massa que temos diante de nossos olhos. Concluem Fiuza e Giordano Bruno que “O próprio ato de contratar vulgarizou-se na sociedade de massas. A todo instante concluímos contratos: com palavras, com gestos e comportamentos típicos e até com o silêncio. A contratação tradicional acontecia em escala bastante pequena, dada a menor complexidade das relações sociais, sendo que os indivíduos podiam deter-se em negociações minuciosas. Atualmente, com as crescentes demandas da vida social, contrata-se em larga escala e utilizam-se, em geral, cláusulas contratuais préestituídas por um dos contratantes.”¹⁸

¹⁵ VENOSA, Silvio de Salvo. Ob. Cit., p. 369.

¹⁶ FIUZA, César; ROBERTO, Giordano Bruno Soares. Ob. Cit., p. 4.

¹⁷ VENOSA, Silvio de Salvo. Ob. Cit., p. 369.

¹⁸ Idem, p. 59-60.

2 CONCEITO, NATUREZA JURÍDICA E CARACTERÍSTICAS

2.1 Conceito

2.2 Natureza Jurídica

2.3 Características

2.3.1 Predisposição

2.3.2 Uniformidade

2.3.3 Abstração

2.3.4 Rigidez

2.1 Conceito

Contrato de adesão é a modalidade negocial, na qual apenas uma das partes estipula as cláusulas preliminarmente de forma a construir um conjunto de disposições que integram de modo acabado o pacto, sem que a outra parte tenha a oportunidade de participar dessa composição, limitando-se a aceitá-la.

O eixo deste conceito está na ausência de negociação entre as partes no momento em que o contrato se forma. Na lição de Orlando Gomes “no contrato de adesão uma das partes tem de aceitar, em bloco, as cláusulas estabelecidas pela outra, aderindo a uma situação contratual que se encontra definida em todos os seus termos. O consentimento manifesta-se como simples adesão ao conteúdo preestabelecido da relação jurídica.”¹⁹

Por apresentar contornos que não se ajustam à definição clássica²⁰ de contrato, essa espécie contratual, surgida com a expansão da indústria e do capitalismo, suscita debates acerca da injunção compulsória das cláusulas pré-constituídas por uma das partes e sua aceitação pela contraparte em uma flagrante unilateralização de interesses.

¹⁹ GOMES, Orlando. Contratos. 15.^a ed., Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 109.

²⁰ Segundo a teoria clássica, o contrato é um acordo bilateral de vontades, no qual os sujeitos promovem uma discussão prévia e após um consenso de ambos estipulam as cláusulas que farão parte da avença. A teoria clássica encontra seu fundamento na liberdade, igualdade e autonomia da vontade das partes e encontrou terreno fecundo no liberalismo do início do século XIX.

Essa percepção é de tal forma transparente que Sílvio Rodrigues contrapõe ao contrato de adesão, a idéia de contrato paritário. Segundo ele, “no conceito clássico de contrato admite-se uma fase em que se procede ao debate da avenca e na qual as partes, colocadas em pé de igualdade, discutem os termos do negócio. É a chamada fase de pontuação em que as divergências são eliminadas pela transigência dos contraentes. A esse tipo de contrato dá-se o nome de contrato paritário, pois se supõe a igualdade entre os interessados. No contrato de adesão a fase inicial de debates, a transigência fica eliminada, pois uma das partes impõe à outra, como um todo, o instrumento inteiro do negócio, que esta, em geral, não pode recusar”.²¹

As causas que, via de regra, impedem a recusa podem ser as mais diversas. Em geral a necessidade de adquirir produtos ou serviços essenciais para a vida, como por exemplo, um plano de saúde, um seguro de vida, etc.

No momento imperioso é limitar os contornos do contrato de adesão, especialmente a forma específica de sua constituição. O Código de Defesa do Consumidor define no artigo 54 o contrato de adesão como sendo a espécie de contrato “cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo”.²²

Neste sentido, não há participação paritária na composição do contrato de adesão e sim o assentimento de uma das partes frente às condições impostas pela parte contrária. Venosa destaca esse aspecto ao afirmar que o contrato de adesão “é o típico contrato que se apresenta com todas as cláusulas predispostas por uma das partes. A outra parte, o aderente, somente tem a alternativa de aceitar ou repelir o contrato. Essa modalidade não resiste a uma explicação dentro dos princípios tradicionais do direito contratual, como vimos. O consentimento manifesta-se, então, por simples adesão às cláusulas que foram apresentadas pelo outro contratante”.²³

²¹ RODRIGUES, Sílvio. Direito Civil. São Paulo: Saraiva, 2003.

²² Código de Defesa do Consumidor, artigo 54.

²³ VENOSA, Sílvio de Salvo. Ob. Cit., p. 382.

Constata-se que enquanto no que se refere à parte que instituiu as cláusulas do instrumento negocial há plena manifestação da vontade, ao passo que para a contraparte há, tão somente, a aprovação de seu conteúdo. A manifesta disparidade na participação dos contraentes confere ao pacto algumas particularidades que merecem tratamento.

Tal “subordinação” faz com que o contrato de adesão seja uma forma peculiar de contratação muito criticada por alguns autores, porém instrumento de extrema proficuidade para a comercialização em massa.²⁴

2.2 Natureza Jurídica

A natureza jurídica do contrato de adesão já foi objeto de intenso debate doutrinário. Atualmente o entendimento acerca do tema já é pacífico no sentido de reconhecer a natureza contratual do contrato de adesão.

A grande dúvida que fomentou a discussão foi a dificuldade em enquadrar o contrato de adesão no modelo clássico do contrato. O arquétipo tradicional do contrato encontrava seu fundamento central na idéia do acordo de vontades dos contratantes no momento de realizar o contrato.

Com efeito, no contrato clássico, as partes deliberavam sobre o conteúdo do ajuste até que pela via do consenso estabeleciam as cláusulas que o integrariam, de tal sorte que duas vontades concorriam para a consumação do pacto. No contrato de adesão isso não ocorre, pois não se verifica a fase de pré-negociação e sim a predisposição do conteúdo contratual pelo proponente e a sua aceitação pelo aderente.

O contrato de adesão não é bem visto por muitos doutrinadores que lhe negam o caráter contratual, fundamentando-se na ausência de consentimento, uma vez que aderir não é consentir. Partidário dessa idéia encontramos Saleilles. Outros, por exemplo, Duguit considera-o como negócio jurídico unilateral, tendo em vista a desigualdade entre as partes.²⁵

Pode-se afirmar, então, que o contrato de adesão é formado pela vontade de uma das partes e pela aquiescência da outra parte, tendo em vista

²⁴ Após a Revolução Industrial as indústrias expandiram sua produção e precisavam escoar seus produtos. Neste cenário a rapidez e a simplificação das formas de comercialização das mercadorias eram imprescindíveis e para tanto, conferiu-se ao contrato uma maior generalidade, reduzindo ao máximo a fase preliminar em que as partes discutiam seu conteúdo até chegarem a um consenso acerca do objeto pelo qual concordavam em se obrigar.

²⁵ CAMARGO SOBRINHO, Mário de. Ob. Cit., p. 64.

que aderir é concordar. Mário de Camargo Sobrinho ressalta que “para Carnelutti, a idéia de negócio jurídico unilateral é absurda, uma vez que há um mínimo de vontade, de consentimento, verificado no instante em que o contraente adere às cláusulas predispostas.”²⁶ Em geral, na doutrina dominante já não permanece dúvida alguma acerca do reconhecimento de sua natureza contratual.

2.3 Características

Segundo Fiuza e Giordano Bruno, são quatro as características principais do contrato de adesão: predisposição, uniformidade, abstração e rigidez.²⁷

2.3.1 Predisposição

As cláusulas devem ser previamente elaboradas pelo proponente e colocadas à disposição do público para que tempo futuro resultar em relações concretas.

Ressaltam Fiuza e Giordano Bruno que “enquanto estão só no âmbito particular do predisponente, embora já tenham existência fática, não têm existência jurídica. Mas postas ao conhecimento do público, passam a ter relevância para o Direito.”²⁸

2.3.2 Uniformidade

As cláusulas que integram o contrato são estabelecidas uniformemente, pois não há deliberação entre as partes para a formação do contrato. Aliás, esta é a característica preponderante do contrato de adesão e o que o diferencia dos demais contratos. Sendo assim, o conteúdo do contrato de adesão elaborado pelo predisponente é invariável, permanecendo o mesmo para todo e qualquer aderente.

2.3.3 Abstração

²⁶ Idem, p. 64.

²⁷ FIUZA, César; ROBERTO, Giordano Bruno Soares. Ob. Cit.

²⁸ Idem, p. 74.

Esta característica significa que no momento da elaboração das cláusulas que integrarão o contrato e relação jurídica ainda não existe. Esclarecem Fiuza e Giordano Bruno que "... as cláusulas contratuais gerais são elaboradas de modo abstrato, ou seja, não prevêm sua incidência sobre a esfera jurídica deste ou daquele indivíduo. Ao contrário, destinam-se à coletividade e só se tornam efetivas quando um sujeito a elas adere." ²⁹

2.3.4 Rigidez

As cláusulas do contrato de adesão são predispostas e, portanto, não podem sofrer alteração em sua substância. E outras palavras, o aderente deve aceitar o conteúdo do contrato como um todo, sem que se retome a discussão das cláusulas, sob pena de se desconfigurar a finalidade precípua do contrato.

²⁹ FIUZA, César; ROBERTO, Giordano Bruno Soares. Ob. Cit.,p. 76.

3 O CONTRATO DE ADESÃO E A INTERVENÇÃO ESTATAL (DIRIGISMO CONTRATUAL) ³⁰

Após a Revolução Industrial e o pós-guerra o mundo assistiu a um explosivo desenvolvimento econômico e industrial. O avanço do capitalismo fez surgir as relações de consumo em massa e a necessidade de uma maior celeridade circulação de produtos e serviços.

Neste contexto, o contrato, na concepção tradicional em que foi concebido, já não poderia ser empregado, pois já não havia tempo suficiente para que as partes contratantes deliberassem sobre o seu conteúdo. Diante deste quadro, as cláusulas passaram a ser pré-formuladas por uma das partes, via de regra aquela que possuía um maior poder econômico e técnico, depois colocadas à disposição do aderente que as aceitava sem chance de discuti-las ou de alterar a sua substância.

A rigor, esse processo de formação gera uma desigualdade de condições, de modo que o aderente é impelido a contratar como única forma de adquirir um serviço ou produto que lhe é essencial. Ciente desta situação o estipulante estará livre para estabelecer as cláusulas que, naturalmente, melhor preservem seus próprios interesses. Nas palavras de Silvio Rodrigues "(...) por via de regra, enquanto o contratante mais fraco no mais das vezes não pode fugir à necessidade de contratar, o contratante mais forte leva uma sensível vantagem no negócio, pois é ele quem dita as condições do ajuste".³¹

Essa configuração acabou por desamparar os interesses do aderente que, sem oportunidade de transigir, aprova as condições impostas nessas relações jurídicas de direito privado com a finalidade de resguardar então os direitos do aderente que, por vezes são reprimidos pela necessidade de contratar e adquirir bens e serviços indispensáveis a sua sobrevivência.

Buscando equiparar as condições entre os contratantes o Estado edita normas que visam resguardar os interesses do aderente. Essas normas

³⁰ Segundo Mário Sobrinho, "A expressão dirigismo contratual deve-se ao jurista Louis Josserand, o qual alude ao controle que os poderes públicos exercem na formação e nos efeitos de certos contratos. O fenômeno do dirigismo contratual reflete-se nas negociações, pois as leis intervencionistas determinam muitas vezes a formação, perfazimento e execução dos contratos.

Fruto da idéia de Josserand, nos anos trinta, o dirigismo contratual foi retomado por Savatier, duas décadas depois, revelando seus contornos específicos como sendo uma técnica destinada a revelar melhor a proteção dos interesses do elemento economicamente mais fraco, restringindo a liberdade contratual do elemento economicamente forte, especialmente no que se refere à discussão do conteúdo do negócio."

³¹ RODRIGUES, Silvio. Ob. Cit., p. 18.

têm caráter cogente e regulam grande parte das relações de consumo e de trabalho, áreas nas quais reconhecidamente a desigualdade de condições das partes é mais patente.

Leciona Orlando Gomes que “importante e abundantes leis dispensaram especial proteção a determinadas categorias de pessoas para compensar juridicamente a debilidade da posição contratual de seus componentes e eliminar o desequilíbrio. Desenvolveu-se uma legislação de apoio a essas categorias, com estímulo a sua organização. Determinado a dirigir a economia, o Estado ditou normas impondo o conteúdo de certos contratos, proibindo a introdução de certas cláusulas, e exigindo, para se formar, sua autorização, atribuindo a obrigação de contratar a uma das partes potenciais e mandando inserir na relação inteiramente disposições legais ou regulamentares”.³²

No Brasil, notadamente a Lei 8078/90 que instituiu o Código de Defesa do Consumidor demonstra claramente a intervenção estatal nas relações de domínio privado. Na seção III, Capítulo VI, artigo 54 e seus parágrafos do referido diploma legal, está disposto o tratamento específico do contrato de adesão, porém, a disciplina normativa que protege os direitos do consumidor não se esgota em um só artigo.

Todos os artigos que compõem esta Lei têm o desígnio de proteger o consumidor e vedam, entre outras coisas, a inserção no contrato de cláusulas abusivas que impeçam ou dificultem o exercício pleno dos direitos dos contratantes.

Coibir o abuso nas relações contratuais é, antes de tudo, evitar que a parte (economicamente) mais forte da relação possa auferir vantagens em virtude de lesão patrimonial sofrida pela parte mais fraca da relação. Desta forma o Estado inibe o enriquecimento ilícito e preserva o princípio da boa-fé. Nos artigos 46 a 53 do Código de Defesa do Consumidor, verifica-se a proteção generalizada das relações contratuais.

Cumprе salientar que o legislador tomou o cuidado de regular não só o conteúdo do contrato, mas também interveio nas relações privadas obrigando o particular a contratar. É o caso da Lei de Luvas que obriga o

³² GOMES, Orlando. Ob. Cit., p 7.

locador a renovar o contrato de locação para que o locatário não sofra prejuízo no seu fundo de comércio.³³

No ensejo desta proteção que o Estado dispensa à parte hipossuficiente da relação contratual, impende salientar que não se trata de ultrapassar os limites de sua finalidade, ou seja, o amparo estatal se limita a equilibrar a relação contratual e não criar qualquer tipo de favorecimento a uma das partes. Neste sentido é visível que a tutela do Estado neutraliza a desvantagem inicial que existe entre as partes no momento da formação do contrato, conferindo o equilíbrio desejado por via legislativa.

“Com efeito, a intervenção do Estado nas relações entre particulares é visando a estruturação de um bem estar social, ou seja, o contrato, como qualquer outro instituto de direito privado, está submetido ao social.”³⁴

Faz-se imperioso ressaltar que o Código Civil Brasileiro de 2002 realiza um controle em abstrato dos contratos de adesão, de tal sorte que as redações dos artigos 423 e 424 exprimem o sentido acautelatório desse controle.

Dispõem os artigos 423 e 424 do Código Civil Brasileiro:

Art. 423. *Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente.*

Art. 424. *Nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio. (grifamos)*

Essas disposições foram inseridas no texto do Código Civil com a finalidade precípua de resguardar os direitos do aderente, haja vista que o mesmo não participa da formulação das cláusulas do contrato, bem como não pode alterá-las.

³³ Fundo de Comércio é o conjunto de bens tangíveis e intangíveis que compõe o patrimônio de uma empresa. A renovação compulsória do imóvel no qual a empresa exerce sua atividade comercial, guarda estreita ligação com o fundo de comércio, haja vista que a localização da empresa influenciará diretamente na manutenção de sua clientela e na aquisição de novos clientes. Algumas empresas são de tal forma prejudicadas quando perdem seus “pontos comerciais”, que acabam tendo seus lucros reduzidos drasticamente. Cumpre frisar que muitas vezes os bens intangíveis de uma empresa são, tão ou mais valiosos que os bens tangíveis.

³⁴ CAMARGO SOBRINHO, Mário de. Ob. cit., p.1 41.

Neste sentido, faz-se imperioso ressaltar a redação atribuída ao dispositivo 423 no Projeto de Reforma do Código Civil, de autoria do Deputado Ricardo Fiúza que tramita no Congresso Nacional. O Projeto confere ao artigo 423 do Código Civil a seguinte redação:

“Art. 423 Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente por um dos contratantes, sem que o aderente possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo”. § 1º - Os contratos de adesão escritos serão redigidos em termos claros e com caracteres ostensivos e legíveis, de modo a facilitar sua compreensão pelo aderente.

§ 2º. As cláusulas contratuais, nos contratos de adesão, serão interpretadas de maneira mais favorável ao aderente.” (grifamos)

Verifica-se, claramente, no Projeto, a intenção de “alargar”, ainda mais, o controle abstrato do contrato de adesão e dispensar uma proteção mais significativa ao aderente nestas relações.

4 OS CONTRATOS DE ADESÃO E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Podemos afirmar, sem receio de equívoco, que os contratos – não só os contratos de adesão, mas os contratos de uma forma geral – estão subordinados aos ditames constitucionais. A teoria contratual da atualidade deve estar em harmonia com o conjunto de fins que a Carta Magna destina aos contratos.

O Direito Civil, e nele os contratos, deve ser lido à luz da Constituição e de seus princípios basilares. O epicentro do Direito Contratual, diante da Constituição, não pode ser mais a autonomia da vontade, mas a dignidade da pessoa humana. Os contratos assumem uma função social, enquanto instrumentos de circulação de riquezas, para a promoção de uma sociedade livre, justa e solidária. Qualquer outra interpretação seria inconstitucional.³⁵

Neste sentido, faz-se imprescindível uma releitura da disciplina do Código Civil, à luz da Constituição, principalmente porque os Códigos nasceram sob a égide do Estado Liberal individualista no qual ainda se encontram enraizados.

Observa Mario Sobrinho que “a Constituição Federal de 1988 não deixou nenhum ramo do direito imune à sua ação renovadora. Foi produzida voltada aos valores supremos de uma sociedade fraterna, desde sua formação inicial, onde as comissões continham a expressão e representação de todos os níveis e focos sociais.”³⁶

Constata-se que das inovações constitucionais, as mais significativas estão no campo do Direito de Família, da propriedade e na regulação dos contratos. Com relação à propriedade e ao contrato, verifica-se o fito constitucional de reestruturar o ordenamento jurídico no que tange à regulação do patrimônio dos indivíduos.

A patrimonialização das relações civis, que persiste nos códigos, é incompatível com os valores fundados na dignidade da pessoa humana, adotado pelas Constituições modernas, inclusive pela brasileira (artigo 1º, III). A repersonalização reencontra a trajetória da longa história da emancipação

³⁵ FIUZA, César; ROBERTO, Giordano Bruno Soares. Ob. Cit., p. 92-93.

³⁶ CAMARGO SOBRINHO, Mário de. Ob. Cit., p. 151.

humana, no sentido de repor a pessoa humana como centro do direito civil, passando o patrimônio ao papel de coadjuvante, nem sempre necessário.³⁷

Neste contexto o contrato assume o papel de realização da justiça social. Essa nova função atribuída ao contrato resulta na impossibilidade de ser ele instrumento de exploração econômica. Ainda que o contrato seja um instrumento utilizado para circulação de riquezas, deixará de cumprir a sua função toda vez que, proporcionar o enriquecimento de um sujeito em prejuízo de outrem.

Segundo ressalta Mario Sobrinho, a “publicização” do contrato é marcada atualmente pela preponderância do social sobre o individual, aquele condicionando ou limitando este, levando até mesmo a certa relativização dos direitos subjetivos, segundo alguns doutrinadores.³⁸

As relações entre os indivíduos em suas esferas privadas passaram a serem norteadas por princípios superiores que levam em conta seus reflexos na coletividade. Significa dizer que já não há um limite absoluto entre o público e o particular. Ainda que seja resguardada a autonomia privada de cada indivíduo, haverá sempre um limite pautado na dignidade humana. Isso se verifica com clareza no Direito Contratual, pois ainda que o sujeito seja a parte economicamente mais forte da relação, não poderá sobrepujar o interesse da parte mais fraca.

Anteriormente as partes gozavam de ampla liberdade para contratar, e o contrato revestia-se de uma plasticidade verdadeiramente usufruída pelas partes. Agora, seu conteúdo passou a ser assentado por força da autoridade pública, tornando-se dizer de Josserand, ao mesmo tempo ato privado e ato público. A iniciativa cabe ao particular, sentido e direção lhes confere a autoridade pública.³⁹

A figura do contrato já não é associada unicamente à satisfação do interesse daqueles que nele figuram como partes. Representa, em seu estágio atual de desenvolvimento, um instrumento de realização da justiça

³⁷ LOBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do Direito Civil. <http://www.jusnavigandi.com.br>. 14/07/2004, p. 1.

³⁸ CAMARGO SOBRINHO, Mário de. Ob. Cit., p. 148.

³⁹ Idem, p. 149.

social. Na verdade, fazer com que o contrato e a propriedade⁴⁰ cumpram sua função social pode ser considerado um dos desafios mais importantes da Constituição de 1988.

⁴⁰ O grau de complexidade hoje alcançado pelo instituto da propriedade deriva, indistintamente, do grau de complexidade das relações sociais. Portanto, especialmente em matéria da propriedade, não há, a rigor, raciocínio puro ou abstrato, pois devem ser levadas em conta todas as determinantes sociais. (FACHIN, Luiz Edson, Da propriedade como conceito jurídico. Revista dos Tribunais. São Paulo, Vol 621, Ano 76, p. 24, julho de 1987).

5 CONCEPÇÃO MODERNA DO CONTRATO E PRINCÍPIOS APLICÁVEIS

5.1 Considerações preliminares

5.2 Princípio da autonomia privada

5.3 Princípio da boa-fé

5.4 Princípio da justiça social

5.1 Considerações preliminares

Do Estado Liberal ao Estado Social, a sociedade assistiu e assiste a uma reconstrução principiológica que condiciona a aplicação das normas infraconstitucionais e regula as relações jurídicas entre os particulares.

Desta feita, o contrato na sociedade do consumo em massa⁴¹ é submetido a um novo conjunto de princípios norteadores e pela relativização de outros anteriormente aplicados nas relações contratuais da Modernidade. Segundo Ramon Mateo Júnior “na visão do Estado Social o contrato ganha nova roupagem, revestindo-se com a preocupação dirigida à dignidade humana e o social. Nessa nova ideologia não se pode admitir que, em nome da força obrigatória e princípio da liberdade de contratar, a dignidade humana seja colocada em segundo plano.”⁴²

Toda essa preocupação o novo papel do contrato na sociedade do século XXI, fez com que surgisse uma construção legislativa e doutrinária voltada à instituição de princípios que conformassem o ordenamento jurídico à atual configuração do Estado Social.

Neste ínterim, vale lembrar que os princípios constituem parâmetros que preceituam a aplicação adequada das normas. Muito se discute acerca da hierarquia entre princípios e normas. O mais importante, no entanto, não é estabelecer um grau de hierarquização e sim identificar os princípios enquanto normas de conteúdo abstrato que encerram os valores indicados como sendo indispensáveis pela sociedade.

⁴¹ Consumo em massa quer significar que o consumo, na maioria das vezes, supera a produção de bens e mercadorias.

⁴² JUNIOR, Ramon Matheo. A função social e o princípio da boa-fé objetiva nos contratos do Código Civil. <http://www.jusnavigandi.com.br>. Acessado em 18/06/2004, p.1.

A Constituição Federal Brasileira de 1988 é essencialmente principiológica e, portanto, representa o diploma legal que reúne e sedimenta os valores morais indispensáveis à realização de uma sociedade justa.

Se a discussão acerca da hierarquização entre princípios e normas é inócua, sobretudo o é entre princípios. Entretanto, a Carta Magna tem seu centro de gravidade no princípio da proteção à dignidade humana e realização da justiça social. Todos os demais princípios são norteados neste mesmo sentido.

Dispõe a Constituição Federal de 1988 em seus primeiros artigos:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

(...)

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Assim a legislação infraconstitucional vem cada vez mais se inclinando ao cumprimento dos mandamentos constitucionais, de tal sorte que algumas leis, como é o caso do Código de Defesa do Consumidor, que demonstram nitidamente a intenção de concretizar os fins almejados pela Constituição.

Outro exemplo desta afirmação verifica-se na Lei 10.406/02, o Código Civil, novo infante do ordenamento jurídico brasileiro que estende às demais relações jurídicas o controle do Estado. Seu texto normativo veste a indumentária constitucional para introduzir relevantes alterações no Direito Privado. O artigo 421 determina que a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato, enquanto que o artigo 422 dispõe que os contratantes são obrigados a guardar, tanto na conclusão do contrato, quanto em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

Venosa observa que, “Como procura enfatizar o novo diploma, o contrato não é mais visto pelo prisma individualista de utilidade para os contratantes, mas no sentido social de utilidade para a comunidade. Nesse diapasão, pode ser coibido o contrato que não busca essa finalidade.”⁴³

Neste sentido, a evolução da teoria contratual vai ao encontro da principiologia constitucional posta. Assim como houve um abandono do modelo clássico do contrato, os princípios que o acompanhavam já não encontram muita aplicabilidade. Alguns deles ganharam um novo enfoque como é o caso do princípio da autonomia da vontade que sofreu uma reformulação passando a ser aplicado como princípio da autonomia privada, conforme veremos adiante. Outros simplesmente foram deixados de lado porque se apoiavam em presunções que em nada coincidiam com a realidade material dos sujeitos.

Significa afirmar que, aos poucos, o tripé autonomia da vontade, igualdade e liberdade, princípios que outrora norteavam as relações contratuais, cederam espaço a um novo conjunto de princípios que fazem do contrato um instrumento de interação social.

Estudar minuciosamente a nova principiologia dos contratos extrapolaria a finalidade do trabalho. Porém de forma geral, podemos afirmar que os princípios aplicáveis aos contratos são: o princípio da autonomia privada, da boa-fé e da justiça social.

5.2 Princípio da Autonomia Privada

Afirmam Fiuza e Giordano Bruno que o Princípio da autonomia privada “consiste na liberdade de as pessoas regularem, através de seus

⁴³ VENOSA, Silvio de Salvo. Ob. Cit., p. 376.

contratos, seus interesses, respeitados os limites legais. Difere do princípio da autonomia da vontade, em que neste todos são livres para decidir sobre o contrato como bem entenderem.”⁴⁴

Extraímos desta definição que o princípio da autonomia privada é um dos princípios aplicáveis à nova teoria contratual. Apesar da proximidade que guarda com o princípio da autonomia da vontade, preconizado pela ideologia do Estado Liberal, com ele não se confunde.

Há uma mudança de sentido na aplicação deste princípio, uma vez que não tem correlação instantânea com a vontade dos contratantes. Finalmente passa a existir a compreensão de que a vontade não é o elemento determinante capaz de fazer com que os indivíduos contratem e sim a necessidade.

Orlando Gomes vislumbrava um "eclipse contratual"⁴⁵ em que o instrumento particular cederia espaço à função social do instrumento. E é exatamente este o sentido que vêm tomando os contratos, genericamente considerados. Não há mais espaço para o arbítrio incondicional, onde o homem contrata de forma livre visando somente a vontade privada.⁴⁶

Em última análise, os indivíduos têm liberdade para realizar contratos e regulando as relações que estabelecidas em suas esferas privadas. Todavia essa liberdade encontra limites na realização da justiça social, pois se os indivíduos são livres para contratarem, não o fazem impulsionados pelas suas vontades e sim pelas suas necessidades.

Neste sentido, é a necessidade que determina a vontade de contratar e não o contrário.

5.3 Princípio da Boa-Fé

Ao estabelecer o princípio da boa-fé nas relações contratuais, a nova lei está implementando uma outra concepção sobre o instituto, à qual a doutrina passou a denominar de objetiva, porque a sua finalidade é impor aos contratantes uma conduta de acordo com os ideais de honestidade e lealdade, independentemente do subjetivismo do agente; em outras palavras, as partes

⁴⁴ FIUZA, César; ROBERTO, Giordano Bruno Soares. Ob. Cit., p. 101

⁴⁵ GOMES, Orlando. Contratos. Ob Cit.

⁴⁶ Nelson Zunino Neto Pacta Sunt Servanda X Rebus Sic Stantibus: uma breve abordagem. <http://.25/07/2004>, p., 1.

contratuais devem agir conforme um modelo de conduta social, sempre respeitando a confiança e o interesse do outro contratante. A antítese dessa espécie, não é a intenção de prejudicar, como na boa-fé subjetiva, mas a exteriorização de um comportamento improbo, egoísta ou reprovável, verificado sob a ótica da vida em harmonia dentro da comunidade. Consiste em ato violador de um dever anexo ao contrato. A boa-fé objetiva é concebida como uma regra de conduta fundada na honestidade, na retidão, na lealdade e, principalmente, na consideração de que todos os membros da sociedade são juridicamente tutelados, antes mesmo de serem partes nos contratos. O contraente é pessoa e como tal deve ser respeitado⁴⁷

5.4 Princípio da Justiça Contratual

O princípio da justiça contratual nada mais é do que a existência de uma justiça material entre os contratantes, de tal sorte que nenhuma das partes sofra prejuízo em sua esfera patrimonial em virtude do contrato.

Como se vê, a igualdade dos contratantes não pode ser meramente formal, pois isso implicaria em uma desconsideração de suas reais condições sócio-econômicas e resultaria em um desequilíbrio contratual.

Impende ressaltar que a igualdade não é uma construção subjetiva e sim deve ser medida por critérios que demonstrem objetivamente as condições nas quais o contrato é realizado.

Lembra Mário Sobrinho que: “o equilíbrio entre compromissos assumidos e benefícios esperados, que interessa ao princípio da justiça contratual, não deve ser medido pela avaliação das partes e, sim, de acordo com um critério objetivo.”⁴⁸

Ora, se o contrato é um instrumento a serviço da realização de uma justiça social através de uma distribuição mais adequada das riquezas, logo não se pode admitir que ofusque as condições sociais dos contratantes, envolvendo-os em prestações que, tendo em vista sua situação econômica, não poderiam cumprir.

⁴⁷ JUNIOR, Ramon Mateo. A função social e o princípio da boa-fé objetiva nos contratos do novo Código Civil. <http://www.jusnavigandi.com.br>. 04/08/2004. p., 1.

⁴⁸ CAMARGO SOBRINHO, Mário de. Ob. Cit., p. 45.

Frise-se que, nessa perspectiva, o desequilíbrio contratual significa também um desequilíbrio sócio-econômico dos contratantes.

Fiuza e Giordano Bruno enfatizam que o Princípio da justiça contratual “é a relação de paridade que se estabelece nas relações comutativas, de sorte a que nenhuma das partes dê mais ou menos do que o que recebeu.”⁴⁹

⁴⁹ FIUZA, César; ROBERTO, Giordano Bruno Soares. Ob. Cit., p.,108

6 POSSIBILIDADES DE REVISÃO DOS CONTRATOS DE ADESÃO

6.1 Considerações preliminares

6.2 A Teoria da Imprevisão e a Revisão Contratual

6.2.1 Breve Histórico

6.2.2 Requisitos para a aplicação

6.3 Revisão Contratual: o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002

6.1 Considerações preliminares

A modernidade fechou as portas a qualquer possibilidade de construção de uma crítica acerca da igualdade formal, que emancipava o indivíduo no plano abstrato, mas o acorrentava e mascarava as condições de penúria em que, muitas vezes, vivia.

O declínio da teoria clássica do contrato fez emergir uma nova concepção acerca do contrato, tido, até então, como representante mais idôneo da vontade dos indivíduos.

Em primeiro lugar, contestou-se a idéia da liberdade das partes. Na realidade, a parte mais fraca da relação contratual estava freqüentemente à mercê da vontade da mais forte, não havendo uma verdadeira discussão das cláusulas e condições contratuais. A liberdade formal, tida como pressuposto pelo direito dos séculos XVIII e XIX, era um mascaramento da falta de liberdade real nas relações interpessoais, tendo em vista que um dos lados ditava todas as regras que o regeriam. Portanto, o contrato não era o instrumento por excelência da autonomia individual, mas sim, em freqüentes ocasiões, a melhor forma de escravizar uma vontade em relação à outra.⁵⁰

Tendo desmoronado os pilares que sustentavam a teoria clássica, surge na pós-modernidade uma nova perspectiva social do contrato. Alguns autores apontam para uma crise contratual, mas de qualquer forma, sem dúvida alguma, ocorreu uma alteração no plano jurídico e principalmente sociológico da noção de contrato.

⁵⁰ MORAES, Renato José de. Cláusula “rebus sic standibus”. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 12-13.

O Estado editou normas com finalidade de proteger o interesse dos economicamente mais fracos e o contrato deve cumprir, atualmente, agora uma função social. Deste modo, uma das formas de intervenção estatal é a revisão do contrato todas as vezes que houver um desequilíbrio, de tal sorte que se uma das partes estiver sofrendo um prejuízo em virtude da desproporção das prestações contratuais, poderá pleitear que seja revisto o contrato e restabelecido o equilíbrio inicial.

Neste sentido, alguns mecanismos de suma importância foram utilizados nas últimas décadas para tentar conter as desigualdades das relações contratuais. Sendo assim, cumpre examinar os instrumentos mais expressivos no que se refere à possibilidade de rever o conteúdo contratual a partir da idéia da equidade das partes.

A Teoria da Imprevisão faz parte deste rol de recursos tendentes a reduzir o desequilíbrio contratual, originados por fatos supervenientes e imprevisíveis que oneram excessivamente os contratantes. Largamente utilizada no transcurso do século XX, a Teoria da Imprevisão foi aos poucos substituída por instrumentos que suprimam a ausência de objetividade quando de sua aplicação.

É o caso, por exemplo, do Código de Defesa do Consumidor que, no início dos anos 90 trouxe à baila a possibilidade de revisão contratual, sem, no entanto, exigir para tanto a ocorrência de “fatos imprevisíveis”.

Mais tarde, o Código Civil de 2002, inclui na redação de seus artigos 478 e 317 a expressão “fatos imprevisíveis”, ao mesmo tempo em que traz no artigo 422 quando se refere à probidade e boa-fé dos contratantes, não há que se falar em imprevisibilidade como requisito essencial para a revisão contratual.

Desta forma, cumpre analisar os pormenores desses mecanismos, de tal sorte que se possam traçar as suas posições no âmbito do Direito Privado contemporâneo.

6.2 A Teoria da Imprevisão e a Revisão Contratual

A cláusula *rebus sic standibus* segundo Arnaldo Rizzardo, corresponde ao princípio que admite a revisão ou a rescisão do contrato em certas circunstâncias especiais, como na ocorrência de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, que tornam a prestação de uma das partes sumamente onerosa.⁵¹

As origens da Teoria da Imprevisão – denominação moderna da cláusula *rebus sic standibus* – são muito remotas (como veremos mais adiante no cap. 6.2.1) e acompanha os contratos nas suas várias formas e estágios de evolução. É por esse motivo que sua amplitude e aplicação obedecem a regras econômico-sociais subjacentes às relações contratuais que se desenvolvem na sociedade e variam de acordo com o modelo de contrato adotado em cada época.

A cláusula *rebus sic standibus* tem uma aplicação específica, qual seja, em havendo fatos supervenientes e imprevisíveis à formação do contrato que alterem as circunstâncias nas quais se encontravam as partes, causando uma situação de manifesta injustiça e onerosidade excessiva para um dos contratantes, esta possibilita a revisão do contrato até que se estabeleça novamente um equilíbrio contratual.

6.2.1 Breve Histórico

A cláusula *rebus sic standibus* vem acompanhando a evolução do contrato e as novas tendências doutrinárias que abandonam os paradigmas clássicos para iniciar uma abordagem social das relações no âmbito do Direito Privado.

A origem da cláusula *rebus sic standibus* é extremamente remota. Conforme Francisco Serrano Martins “a Lei 48 do Código de Hammurabi, grafado em pedra, muito antes de nossa era, já trazia as primeiras manifestações sobre a imprevisibilidade. Dispunha aquela que:

“Se alguém tem um débito a juros, e uma tempestade devasta o campo ou destrói a colheita, ou por falta de água não cresce o trigo no campo,

⁵¹ RIZZARDO, Arnaldo. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p., 171.

ele não deverá nesse ano dar trigo ao credor, deverá modificar sua tábua de contrato e não pagar juros por esse ano.”

Mais tarde, pouca foi a elaboração doutrinária sobre a questão no Direito Romano, haja vista que no império era muito profundo o influxo do *pacta sunt servanda*. Na Idade Média o Direito Canônico faz ressurgir a importância da teoria da imprevisão que tem seu auge nos séculos XIV e XVI.

Entretanto, no século XIX, em virtude das Codificações, consagrou-se novamente o *pacta sunt servanda*, levando a *rebus sic standibus* a decadência, até que finalmente no início do século tal princípio retoma a sua importância.

No plano dos Direito Civis, o que passou a preocupar os homens do Direito foi a igualdade econômica. Embora livres politicamente, não o são no plano econômico. Daí haverem sido criados instrumentos por via dos quais se estabelece a igualdade econômica, ou, pelo menos, reduzem-se as desigualdades. Princípios em vigor desde a Idade Antiga e sobrevividos na Idade Média, foram ressuscitados, como é o caso da antiga cláusula *rebus sic standibus*. Sob nomes mais modernos (teoria da imprevisão) voltam à ordem do dia.”⁵²

Inúmeros autores se dedicaram ao estudo da cláusula *rebus sic standibus* e faz-se necessário ressaltar que este instrumento tem aplicabilidade na proporção exata das convicções e das conquistas de cada fase da sociedade, sobretudo no que se refere ao plano econômico.

Na explicação de Rizzardo, “afirmou-se a teoria plenamente nos Séculos XIV e XVI, em torno da qual nasceu copiosa literatura, perdurando o seu período áureo até meados do Século XVIII, quando iniciou a decadência. Eram limitados os casos de incidência. Os códigos civis do começo do Século passado, da França da Itália, não fizeram qualquer referência. Alardeavam-se idéias sobre a autonomia da vontade humana e a irretratabilidade das convenções.”⁵³

⁵² PEREIRA, Caio Mario da Silva. Direito Civil: alguns aspectos de sua evolução. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 248.

⁵³ RIZZARDO, Arnaldo. Ob. Cit., p. 171.

Para auxiliar nesta tarefa, muitos instrumentos foram criados⁵⁴ e outros foram resgatados como é o caso da Teoria da Imprevisão. Como bem observa Rizzardo, a Teoria da Imprevisão “É originada da cláusula latina “rebus sic standibus”, que, por sua vez, constitui abreviação da fórmula: ‘ contractus Qui habent tractum sucessivum et dependentiam de futuro rebus sic standibus intelliguntur’. Significa, em vernáculo: ‘nos contratos de trato sucessivo ou a termo, o vínculo obrigatório entende-se subordinado à continuação daquele estado de fato vigente ao tempo da estipulação”.

Observa-se, por fim, que a Teoria da Imprevisão, muito embora evidentemente não seja o único, é um importante instrumento para a correção das injustiças contratuais na sociedade contemporânea.

6.2.2 Requisitos para a aplicação

Segundo Renato José de Moraes, os requisitos para aplicação da Teoria da Imprevisão seriam: a) contrato de execução diferida ou periódica; b) imprevisibilidade do fato causador da onerosidade excessiva; c) desequilíbrio acentuado entre as prestações, e d) Ausência de culpa da parte prejudicada.⁵⁵

6.3 Revisão Contratual: o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002

O Código Civil Brasileiro de 1916 era de cunho essencialmente patrimonialista e sofreu uma influência marcante do Código Francês de 1804 do Estado Liberal. Assentado no liberalismo e no formalismo característicos da sociedade européia, o Código de 1916 não reconheceu a Teoria da Imprevisão.

A década de 30 inaugurou o início de um debate acerca da Teoria da Imprevisão que passou a ser inserida em algumas leis da época. Mais tarde a Lei 8.078/1990, que instituiu o Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo art.6º, inciso V dispôs:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

Inciso V - a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em

⁵⁴ É o caso da função social do contrato e de dispositivos inseridos no Código de Defesa do Consumidor, por exemplo.

⁵⁵ MORAES, Renato José de. Ob. Cit, p.,176-177.

razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas.” (grifamos)

Extraiu-se deste artigo o entendimento de que, de certa forma, teria reconhecido o legislador a Teoria da Imprevisão. No entanto, é imperioso observar que não este código não prevê a necessidade de ser imprevisível o fato que deu causa à onerosidade excessiva, bastando que sejam fatos supervenientes.

No âmbito do Direito Civil, a Lei 10.406/02 que instituiu o Código Civil Brasileiro, foi além, pois, apesar de fazer referência à imprevisibilidade em seus artigos 317 e 478, exonerou os contratantes da necessidade de produzirem provas acerca da ocorrência de fatos imprevisíveis quando houver o manifesto desequilíbrio contratual em virtude da onerosidade excessiva.

Vejamos o que dispõem os artigos 317 e 478 do Código Civil de 2002 que tratam da revisão e resolução do contrato respectivamente:

“Art. 317. Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação.”

(...)

“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 imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato.” (grifamos)

Sobrevindo uma onerosidade excessiva à prestação obrigacional, esta poderá causar, ao contrato, uma inexecução involuntária relativa ou absoluta. Sendo uma inexecução relativa, é passível de ser sanada e, dentro de certas limitações, as partes podem dar continuidade ao contrato através da revisão, assim que restabelecerem o equilíbrio das prestações. No entanto, se a inexecução for absoluta, a ponto de não ser possível nenhuma composição capaz de sanar a lesão virtual a uma das partes, deve-se operar a resolução

contratual. Nota-se que o legislador não estava atento a essas peculiaridades.

56

Conforme já foi dito, o Código Civil de 2002 foi construído com fundamentos opostos ao Código passado. Há uma maior salvaguarda dos direitos sociais porque a diretriz de sua aplicação é a Constituição Federal.

Característica marcante deste Código é a roupagem social que trouxe em seu conteúdo, principalmente reiterando os preceitos de nossa "Constituição Social". São vários os dispositivos que enumeram o caráter social deste código, demonstrado a preocupação e intervenção estatal quanto à ordem social, mesmo na tutela de direitos privados. Essa intervenção estatal é evidenciada no parágrafo único do art. 2.035 deste código.⁵⁷

Apesar de trazer inovações muito importantes ao Direito Privado, faz-se uma crítica ao legislador que inseriu nestes artigos a expressão "fatos imprevisíveis", porquanto se poderia interpretar de forma absoluta a presença desse requisito.

A revisão prescinde da imprevisibilidade, haja vista que o artigo 422 impõe aos contratantes a probidade e a boa-fé ao contratarem. Se já houve esta preocupação por parte do legislador, não há que se restringir a aplicação da revisão.

É importante assinalar que esses dispositivos do Código Civil representam uma atenuação do princípio do *pacta sunt servanda*.⁵⁸ Os contratos, evidentemente, devem ser cumpridos, no entanto todas as vezes que a exigência de seu cumprimento implicar em uma situação de injustiça, deverá o juiz interferir na relação para restabelecer o equilíbrio.

Deve-se destacar que esse entendimento não foi aceito de forma pacífica na doutrina e jurisprudência sem algumas reticências, tendo em vista o

⁵⁶ MARTINS, Francisco Serrano. A teoria da imprevisão e a revisão contratual no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor. <http://jusnavigandi.com.br>. 25/07/2004, p. 1.

⁵⁷ Idem, p. 1.

⁵⁸ O princípio *pacta sunt servanda*, por muito tempo adotado para reger as relações contratuais, quer dizer que o contrato faz lei entre as partes.

Assim é que, existentes os requisitos indispensáveis à sua validade, as cláusulas nele contidas expressariam comandos imperativos, obrigando os contratantes ao seu irrestrito cumprimento em quaisquer circunstâncias, partindo-se do entendimento de que refletiam atos de liberdade individual e assim deviam ser considerados justos. Somente novo pacto poderia, então, modificar o que dantes já estipulado, eis que expressivo de renovado concurso de vontades – princípio da intangibilidade do conteúdo dos contratos. (Maria Celina Bravo e Mário Jorge Uchoa Souza. O contrato do terceiro milênio. <http://www.jusnavigandi.com.br>).

forte enraizamento do princípio *pacta sunt servanda*, onde a força vinculante das obrigações exercia inegável preponderância, sendo que se tratou de um progresso paulatino de desenvolvimento a possibilidade de admitir-se a revisão contratual de maneira a restabelecer o equilíbrio da relação jurídica.⁵⁹

Por fim, registremos as palavras de Francisco Serrano Martins “assim, ocorrendo fato superveniente, tendente a afetar a base econômica do contrato, a ponto de causar uma excessiva onerosidade ao devedor, este poderá pleitear a revisão contratual. O fundamento desta interpretação esta nos princípios da comutatividade dos contratos, na boa-fé, na equidade e na justiça comutativa. Nenhum contrato é firmado para ser descumprido e, sempre que possível, deve-se buscar a sua manutenção, pois em regra geral prevalece a cláusula *pact sunt servanda*”.⁶⁰

⁵⁹Gustavo Passarelli da Silva. A possibilidade alteração dos contratos no novo Código Civil e a necessária revisão do conceito de consumidor previsto na Lei nº 8.078/90. <http://www.jusnavigandi.com.br>. 25/07/2004, p. 1.

⁶⁰ MARTINS, Francisco Serrano. Ob. Cit, p. 1.

7 O CONTRATO DE ADESÃO E A CONCEPÇÃO CONTEMPORÂNEA DO CONTRATO

Atualmente, os contratos de adesão viabilizam uma maior desenvoltura às relações contratuais. Inegavelmente contribuem profundamente para facilitar o tráfego negocial⁶¹ e reduzir o lapso temporal entre formação do conteúdo do contrato da sua realização. Todavia, nem só de vantagens é constituído o contrato de adesão.

Cumpre primeiramente salientar que o contrato de adesão não é um tipo contratual e sim uma técnica de contratação que surge com a massificação dos contratos. Desta forma, no contrato de adesão o aderente apenas aceita as cláusulas pré-dispostas pelo proponente, de tal sorte que não há discussão acerca do conteúdo do contrato no momento da sua formação.

Esta configuração ensejou um intervencionismo estatal mais acentuado, no sentido de proteger a parte que adere ao contrato sem ter tido possibilidade de discuti-lo. Neste sentido caminharam o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002, ao tutelarem os interesses das partes tanto no momento da formação do contrato, como na sua execução.

Essa proteção veio ao encontro da necessidade de um intervencionismo estatal mais intensificado nas relações de Direito Privado, pois o liberalismo do século XIX acabou provocando um desgaste no modelo contratual clássico.

Os pactos ainda são feitos para serem cumpridos – *pacta sunt servanda* – mas a desigualdade entre as partes não pode mais ser "produzida em grande escala"⁶² e a projeção assumida pela equivalência material condena ao perecimento a crença de que os homens nascem livres e iguais.⁶³

Neste contexto, é imperioso ressaltar que surgiu a necessidade de um esgotamento do sistema liberal para que se pudesse constatar o quanto suas bases eram frágeis. Atualmente já se reconhece a impotência humana para prever e regular juridicamente toda a complexidade de situações que necessitam de solução.

⁶¹ FIUZA, César; ROBERTO, Giordano Bruno Soares. Ob. Cit., p., 66.

⁶² Faz-se uma referência à expressão "produção em grande escala" para demonstrar o descompasso entre a produção industrial de grande escala, que é um dos traços mais marcantes da sociedade de consumo, e a desigualdade que o Estado Social procura encrudecer através da edição de normas que limitam a autonomia privada.

⁶³ Criação do liberalismo para consagrar o princípio do *pacta sunt servanda*.

O ordenamento jurídico não é um sistema fechado, completo, coerente, pleno de respostas prontas. Pelo contrário, ele oferece uma pluralidade de fontes, que se completam, que às vezes concorrem para resolver um caso concreto e, não raro, se contradizem frontalmente. Por isso, é necessário que se desloque a perspectiva do sistema para o problema. Com base nas peculiaridades de cada caso, de cada problema, deve-se buscar nas normas adequadas para solucioná-lo. E, estas normas podem estar numa destas múltiplas fontes: na Constituição, no Código Civil, numa lei especial, etc.

64

O liberalismo ofereceu uma visão abstrata e distorcida da realidade social dos séculos XVIII e XIX, de tal sorte que os indivíduos imbuídos pela crença na liberdade e na igualdade formal que possuíam não se davam conta de que eram apenas artífices para servirem aos interesses das classes dotadas de poder econômico.

A Constituição ordenou a função social da propriedade e abriu um precedente para que o Estado tutelasse também as relações contratuais no mesmo influxo.

Em geral, não foi apenas no âmbito das relações patrimoniais a influência constitucional. Seu raio de alcance atingiu também o Direito de Família, entre outros.

A codificação civil liberal foi abalada em seus fundamentos diante da nova feição constitucional, isto é, no período liberal a Constituição se reportava à limitação do Estado e a sua organização política; enquanto à codificação cabia ampliar o espaço da autonomia dos indivíduos, em especial o campo econômico. Entretanto, esta ordem foi alterada em face dos valores e da natureza compromissória previstos nos textos constitucionais oriundos do Estado social.⁶⁵

Percebe-se claramente uma tendência a se proteger a igualdade, ao menos intencional, entre as prestações. Já não se valoriza tanto o que foi querido pelas partes, pois se observa que em muitos casos, como nos de contratação por adesão, é extremamente difícil determinar na prática o que se

⁶⁴ FIUZA, César; ROBERTO, Giordano Bruno Soares. Ob. Cit., p. 91.

⁶⁵ ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. Ob. Cit. p. 1.

passou no íntimo dos contratantes, que, freqüentemente, nem sequer conhecem todas as cláusulas do contrato a que estão se sujeitando.⁶⁶

É interessante ressaltar que a importância que se atribuiu à vontade enquanto fator preponderante nas relações privadas foi ofuscada pela constatação de que nem sempre os indivíduos podiam transigir voluntariamente.

O paradoxal é que, exatamente por não buscar em primeiro lugar assegurar que se cumpra a vontade das partes, talvez por isso mesmo seja que elas o façam. Ao colocar em segundo plano o que foi expresso, em favor de uma igualdade objetiva, alcança-se, em inúmeras situações, o que fora realmente desejado pelos sujeitos ao contratarem.⁶⁷

A liberdade era considerada pelas teorias do século XIX, a garantia do voluntarismo dos indivíduos ao contratarem. O Estado Liberal tem um valor predominante: a liberdade. A teoria clássica do contrato reflete essa escolha. Os homens podem livremente manifestar sua vontade, contratando com seu semelhante, e tudo o que for contratado – justamente porque todos são livres – será justo.⁶⁸

Atualmente já não opera com rigidez a elaboração de fórmulas matemáticas para serem utilizadas como parâmetros na aplicação das normas. O caso concreto vai determinar a utilização desta ou daquela norma; deste ou daquele princípio, de acordo com a razoabilidade. Nos contratos celebrados, já não mais prevalece a vontade das partes, que embora sejam relevantes, encontram limites na justiça contratual.

Vive o direito contratual, sem dúvida, uma notável fase evolutiva, em que o princípio da autonomia da vontade tem sofrido questionamentos variados, com reflexos constantes sobre o direito positivo, de maneira a dar ao dirigismo contratual quase que uma prevalência sobre a tradicional liberdade privada de regularem as próprias partes seus negócios jurídicos contratuais.⁶⁹

⁶⁶ MORAES, Renato José de. Cláusula “rebus sic standibus”. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 20.

⁶⁷ MORAES, Renato José de. Ob. Cit., p. 20.

⁶⁸ FIUZA, César; ROBERTO, Giordano Bruno Soares. Ob. Cit., p. 91.

⁶⁹ THEODORO JUNIOR, Humberto. O contrato e seus princípios. Rio de Janeiro: Ed. Aide, 1993. Junior, p.

8 CONTRATO DE ADESÃO: MASSIFICAÇÃO E INSTRUMENTOS DE CONTROLE

O cenário que ora se apresenta como uma nova realidade do contrato provoca a discussão teórica acerca da impossibilidade de enquadrar as situações fáticas a um conceito pré-elaborado.

No bojo desta discussão, pode-se afirmar que o esgotamento da teorização clássica somado à mudança de paradigmas⁷⁰, demonstram que há uma nova proposta doutrinária e legislativa no que se refere à regulação das relações sociais.

Não a necessidade de uma codificação acabada e que possa prever uma solução pré-formulada para a complexa e dinâmica conjuntura da sociedade atual e sim uma série de normas que possam ser ajustadas pelo julgador a fim de que, aplicadas ao caso concreto, viabilizem uma proliferação da equidade. Neste contexto, vislumbra-se o que alguns autores preferem chamar de crise do modelo contratual clássico.

O contrato é um dos mais antigos instrumentos de circulação de riqueza. Desde o seu surgimento, o contrato vem sofrendo inúmeras modificações e reformulações, passando pelo formalismo romano, até alcançar o liberalismo do século XVIII, chegando atualmente no que se pode chamar de “uma nova configuração contratual”.

Os princípios que agora o norteiam, as normas que o regulam e até mesmo as suas finalidades atuais, fazem com que o contrato seja considerado um instituto altamente mutável e que não encontra, na atualidade, uma forma única.

Entretanto, faz-se necessário ressaltar que se desenvolve não um novo contrato, mas uma nova forma de contratar. Trata-se dos contratos em massa, que se apresentam como uma maneira mais utilitária e versátil de realizar as contratações na sociedade de consumo.

Neste sentido, a sociedade vem, de certa forma, colhendo os “bons frutos” dessa massificação, uma vez que, extraindo do procedimento contratual a fase em que as partes discutem acerca do conteúdo do contrato,

⁷⁰ O entendimento atual é de que a finalidade do contrato não se esgota na circulação de riquezas. Tem ele a função de viabilizar uma distribuição mais justa de riquezas. Neste sentido, seu conteúdo não interessa apenas às partes que contratam, mas sim a toda a coletividade.

tornou-se infinitamente mais ágil a circulação de mercadorias, beneficiando o mercado produtor.

A massificação dos contratos consiste na elaboração de um conteúdo geral ⁷¹para o contrato, de tal sorte que colocado à disposição do público em geral, aquele que tiver interesse, possa aderir ao ajuste.

Como produtos dessa massificação, surgem os contratos de adesão, como forma de proporcionar maior uniformidade, rapidez, eficiência e dinamismo às relações contratuais, especialmente as de consumo. O mundo contemporâneo não suportaria que todos os contratos de consumo ainda fossem paritários, isto é, ensejassem uma discussão prévia entre o consumidor e o fornecedor. ⁷²

Ocorre que, na maior parte das vezes, neste tipo de contrato o aderente é impossibilitado de discutir o conteúdo das cláusulas, limitando-se a aceita-las. Situação esta que acaba criando uma disparidade entre os contratantes.

Sendo assim, fica claro que nos contratos de adesão há uma maior vulnerabilidade da parte aderente ao contratar. A superioridade econômica e técnica dos proponentes que, via de regra, são as empresas, faz com que a probabilidade de um desequilíbrio superveniente das prestações seja maior. Desta forma, certamente a revisão contratual deve ser considerada de extrema necessidade para restabelecer o equilíbrio nesses contratos.

Neste contexto é que as partes podem ter emitido corretamente sua declaração, e expressado o consentimento, mas há uma desigualdade socioeconômica, em virtude da qual não há discussão, negociação, mas simples adesão. Estas circunstâncias que, antes não interessavam ao Direito, mas à sociologia, têm sido “jurisdicionadas” mediante normas de ordem pública. ⁷³

Como visto, os contratos nas relações de consumo, principalmente os de adesão, largamente utilizados, não podem ser

⁷¹ Conteúdo geral quer significar que o conteúdo é rígido para todos os contratantes, de tal sorte que apenas as cláusulas específicas – como, por exemplo, a parte que está aderindo ao pacto – poderão ser alteradas.

⁷² PEIXOTO, Marco Aurélio Ventura. Cláusulas abusivas nos contratos de adesão. <http://www.jusnavigandi.com.br>. 02/08/2004, p. 1.

⁷³ LORENZETTI, Ricardo Luis. Fundamentos do direito privado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p., 547-548.

considerados como um assunto de interesse restrito e exclusivo das partes, uma vez que são do interesse de todos, pois todos estão potencialmente expostos a se sujeitar a eles. Assumem, então, uma feição coletiva que interessa à sociedade controlar.⁷⁴

Neste sentido, a tutela estatal se mostra imprescindível, uma vez que, impondo aos contratantes um dever de fidelidade aos princípios da justiça contratual e da boa-fé, estará ampliando para além da esfera privada das partes os efeitos do contrato justo.

Outras dessa figuras do direito dos contratos moderno foram percebidas e formuladas em tempo recentes, a partir das perspectivas dadas pela sociedade contemporânea, tecnológica e de massas. Isso foi o que ocorreu com os chamados contratos de massa ou por adesão, e com o controle estatal das cláusulas gerais de certos contratos.⁷⁵

Desta feita, o Estado buscou criar instrumentos, a fim de que se aplicassem ao contrato os fins que a Constituição desejou fossem cumpridos, quais sejam, os fins sociais.

Faz-se imperioso ressaltar que a massificação do contrato, aumenta a probabilidade de se configurar uma situação de desigualdade contratual e por isso, uma das formas mais relevantes na atualidade para que se possa estabelecer um equilíbrio das prestações contratuais é admitir que o contrato seja revisto ou resolvido nos casos em que o desequilíbrio das prestações possa criar o prejuízo de uma das partes em detrimento do enriquecimento da outra parte.

Numa sociedade dinâmica, cibernética e em ebulição intensa não há espaço para uma estática servidão a um acordo.⁷⁶

Neste sentido, no século XX a sociedade assistiu ao ressurgimento da cláusula *rebus sic standibus* denominada atualmente pelos autores de Teoria da Imprevisão, como um instrumento a serviço do julgador no sentido de procurar restabelecer o equilíbrio contratual.

Na década de 80, retomada a discussão acerca dos instrumentos estatais destinados ao controle das relações contratuais, desponta o Código de

⁷⁴SCARAVAGLIONI, Eduardo. O Código de Defesa do Consumidor e os contratos de adesão. <http://www.jusnavigandi.com.br>. 02/08/2004, p. 1.

⁷⁵MORAES, Renato José de. Ob. Cit., p. 18.

⁷⁶KLANG, Marcio. Ob.Cit., p. 75.

Defesa do Consumidor para resguardar o interesse do consumidor hipossuficiente. Ressalta-se, neste íterim que o artigo 6º, inciso V deste diploma legal, trouxe a possibilidade de revisão contratual sem, no entanto fazer menção a imprevisibilidade dos fatos que desencadearam o desequilíbrio do contrato.

Essa configuração foi uma tentativa de reduzir os entraves que dificultavam a revisão contratual, haja vista que a aplicação da Teoria da Imprevisão estava condicionada à superveniência de fatos imprevisíveis, o que nem sempre era fácil de ser comprovado pela parte prejudicada.

O Código Civil de 2002 recepcionou a revisão contratual com fundamento na onerosidade excessiva para facilitar e apesar de fazer referência a fatos imprevisíveis na redação de seus artigos 478 e 317 (conforme análise no cap. 6.3) não significa que o resgate do equilíbrio do contrato esteja condicionado à imprevisibilidade.

Sábias são as palavras de Cláudia Lima Marques quando afirma que “vivemos efetivamente um momento de mudanças, não só legislativas, mas políticas e sociais”.⁷⁷

Neste sentido, a exigência da prova acerca da ocorrência dos fatos imprevisíveis, iria de encontro à conotação objetiva que o Código Civil procurou imprimir às relações contratuais contemporâneas. Sendo assim, de uma vez que o artigo 422 do Código Civil impõe aos contratantes a boa-fé ao contratar, o ônus de exigir uma dilação probatória acerca da imprevisibilidade seria dispensável.

Esses, evidentemente, não são os únicos instrumentos de controle que buscam salvaguardar os direitos dos contratantes em caso de desequilíbrio contratual, mas foram abordados neste capítulo em virtude de sua relevância para compreensão da configuração das relações contratuais contemporâneas.

⁷⁷ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 4.ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 159.

9 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No intuito de traçar as conclusões finais deste trabalho, partiu-se para a retomada de alguns aspectos basilares que envolvem a obra.

Inicialmente, é possível perceber que houve uma profunda mudança na concepção atual acerca do contrato. É plausível a afirmação segundo a qual, o contrato não conserva sua fórmula original. Significa dizer que, atualmente o contrato está inserido em um contexto social e integra uma gama de efeitos, desconsiderados pelo Direito Contratual moderno.

A chamada “evolução contratual” faz crer que se, em seu estágio atual o contrato é vislumbrado não só uma como a relação negocial em que são satisfeitos os interesses das partes e sim como um instrumento que é de fundamental importância, também, para o interesse da sociedade de uma maneira geral.

O contrato, de acordo com a concepção liberal é um instrumento através do qual se busca a satisfação de interesses e que envolve necessariamente e vontade livre das partes. De certa forma, esse entendimento está baseado em postulados ideológicos da classe burguesa, de tal sorte que muito favoreceu o desenvolvimento capitalista do século XIX.

Esse panorama constitui o que se chama de “teoria clássica do contrato” e vem seguido pela forma individualista e formalista de conceber as relações sociais.

O desenvolvimento do liberalismo e do capitalismo contribuiu para que se proliferasse a massificação das relações contratuais, sendo que para acelerar as trocas comerciais, os contratos se estabeleceram de forma a criar barreiras à prévia negociação.

Nesta conjuntura, não há mais tempo para que as partes discutam acerca do conteúdo pelo qual se obrigam. Assim, a forma mais adequada para fazer com que as relações contratuais se ampliem com a rapidez necessária ao crescimento de uma sociedade de consumo, é fazer com que as cláusulas que integram o pacto sejam pré-formuladas.

A sociedade está diante do contrato de adesão. Todavia se, por um lado lograram-se muitas vantagens com esta forma de contratar, por outro lado, pode-se afirmar que alguns aspectos tornaram-se muito controvertidos. A

manifestação da vontade das partes, v.g., pode ser destacada como ponto fundamental, em torno do qual há uma crescente preocupação.

Na verdade não se trata de afirmar que o conteúdo do contrato de adesão é lesivo. No entanto, há o risco de que o aderente desconheça o conteúdo do contrato, em sua totalidade e que, mediante esse desconhecimento possa ser levado a aceitar condições que nem sempre lhe são favoráveis.

Essa configuração despertou o interesse estatal em editar normas no intuito de proteger o aderente nos contratos de adesão e efetivar o princípio da justiça social, estabelecido pela Constituição Federal.

Na conjuntura atual, é possível o recurso à revisão contratual, na hipótese em que ocorrer a onerosidade excessiva. Faz-se um destaque ao elastecimento dessas possibilidades, haja vista que, se anteriormente os contratantes somente poderiam rever as cláusulas contratuais quando da ocorrência de fatos imprevisíveis, através da Teoria da Imprevisão, atualmente, já não se impõe às partes essa condição. Há, portanto, um abrandamento do princípio do *pacta sunt servanda*, fundamentado na idéia de que os pactos devem ser cumpridos.

É perceptível, também, uma cautela do legislador no que se refere ao controle abstrato do contrato adesão, no exame da legislação infraconstitucional. O Código Civil Brasileiro, em seus artigos 423 e 424, visa resguardar os direitos do aderente nos contratos de adesão, estabelecendo que, em havendo cláusulas ambíguas ou contraditórias a interpretação mais favorável seja realizada em benefício do aderente e vedando a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio.

Esse exame, de forma geral, permite a conclusão de que o Direito Contratual se encontra em fase de transformação, de tal sorte que a reflexão acerca dos paradigmas delineados pelas relações sociais contemporâneas, faz-se profundamente necessário.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. Contrato de adesão no novo Código Civil. [http://: www.jusnavigandi.com.br](http://www.jusnavigandi.com.br). 01/08/2004, p. 1
- ANDRADE, Darcy Bessone de Oliveira. Do contrato – Teoria Geral. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p., 290.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça. Teoria Geral dos Contratos típicos e atípicos: Curso de Direito Civil. São Paulo: Atlas, 2002, p. 30.
- CAMARGO SOBRINHO, Mário de Contrato de Adesão e a necessidade de uma legislação específica. Campinas: Interlex Informações Jurídicas, 2000, p. 144.
- CAPELLA, Juan Ramón. Os Cidadãos Servos. Trad. de Lédio Rosa de Andrade e Têmis Correia Soares. Porto Alegre: Editora Safe Iv, 1998, p. 72.
- FACHIN, Luiz Edson, Da propriedade como conceito jurídico. Revista dos Tribunais. São Paulo, Vol 621, Ano 76, p. 24, julho de 1987).
- FIUZA, César; ROBERTO, Giordano Bruno Soares. Contratos de Adesão. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 26.
- GOMES, Orlando. Contratos. 15.^a ed., Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 109.
- JUNIOR, Ramon Mateo. A função social e o princípio da boa-fé objetiva nos contratos do novo Código Civil. [http://:www.jusnavigandi.com.Br](http://www.jusnavigandi.com.Br). 04/08/2004, p.1.
- LOBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do Direito Civil. [http://:www.jusnavigandi.com.br](http://www.jusnavigandi.com.br). 14/07/2004, p. 1.
- LORENZETTI, Ricardo Luis. Fundamentos do direito privado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p., 547-548.
- MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais. 4.ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 159.
- MARTINS, Francisco Serrano. A teoria da imprevisão e a revisão contratual no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor. [http://:jusnavigandi.com.br](http://jusnavigandi.com.br). 25/07/2004, p. 1.
- MORAES, Renato José de. Cláusula “rebus sic standibus”. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 12-13.
- NALIN, Paulo. Do contrato: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil – constitucional. 1 ed., 3ª tiragem. Curitiba: Juruá, 2003, p. 109.

- NETO, Nelson Zunino. Pacta Sunt Servanda X Rebus Sic Stantibus: uma breve abordagem. [http://: www.juristaonline.com.br](http://www.juristaonline.com.br). 25/07/2004, p., 1.
- PEIXOTO, Marco Aurélio Ventura. Cláusulas abusivas nos contratos de adesão. [http://:www.jusnavigandi.com.br](http://www.jusnavigandi.com.br). 02/08/2004, p. 1.
- PEREIRA, Caio Mario da Silva. Direito Civil: alguns aspectos de sua evolução. Rio de Janeiro: Forense. 2001, p. 248.
- RIZZARDO, Arnaldo. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p., 171.
- RODRIGUES, Silvio. Direito Civil. São Paulo: Saraiva, 2003
- SCARAVAGLIONI, Eduardo. O Código de Defesa do Consumidor e os contratos de adesão. [http://:www.jusnavigandi.com.br](http://www.jusnavigandi.com.br). 02/08/2004, p. 1.
- SILVA, Gustavo Passarelli da. A possibilidade alteração dos contratos no novo Código Civil e a necessária revisão do conceito de consumidor previsto na Lei nº 8.078/90. [http://:www.jusnavigandi.com.br](http://www.jusnavigandi.com.br). 25/07/2004, p. 1.
- SOUZA, Maria Celina Bravo e Mário Jorge Uchoa. O contrato do terceiro milênio. [http://:www.jusnavigandi.com.br](http://www.jusnavigandi.com.br). 01/08/2004, p. 1.
- STOFFEL-MUNK, Philippe. Regards sur la théorie de l'imprevision: vers une souplesse contractuelle em droit prive français contemporain. D'aix-Marseille: Presses Universitaires D'aix-Marseilles, 1994, p. 37.
- THEODORO JUNIOR, Humberto. O contrato e seus princípios. Rio de Janeiro: Ed. Aide. 1993. Junior, p. 18.
- VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 3 ed., São Paulo: Atlas, 2003, p. 362.