

PRISCILA ASSUNÇÃO DE SIQUEIRA

OS CONTRATOS CIVIS DE ADESÃO E A REVISÃO JUDICIAL

**São Paulo
2013**

PRISCILA ASSUNÇÃO DE SIQUEIRA

OS CONTRATOS CIVIS DE ADESÃO E A REVISÃO JUDICIAL

Monografia apresentada à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Especialista em Direito Contratual, sob a orientação da Professora Doutora Sandra Ligian Nerling Konrad.

São Paulo
2013

Resumo:

O trabalho teve por objetivo analisar a possibilidade de revisão judicial dos contratos de adesão, especialmente aqueles realizados entre pessoas aparentemente em situação de equilíbrio, ou seja, contratos que são firmados em relações civis, mas que possui uma parte vulnerável. Para tanto, foi necessário resgatar conceitos de formação e requisitos de validade contratual, bem como os princípios aos quais os contratos devem estar submetidos. A partir da compreensão dos princípios que poderão nortear a questão da revisão judicial dos contratos, tendo em vista, também, as diferenças entre os regimes jurídicos contratuais consumerista e civil, foram abordadas as teorias que são utilizadas para justificar esta revisão, bem como as condições para se invocar os princípios citados em um contrato cujas condições foram plenamente aceitas pelas partes envolvidas. Quando se trata de contrato de adesão, surge então, questões quanto à validade da sua força obrigatória, sendo necessário firmar, primeiramente, o entendimento sobre como estes surgem e se formam. Foram abordados, finalmente, os contratos por adesão nas relações civis e, especialmente, as hipóteses e a fundamentação para que seja possível uma revisão judicial para tais contratos firmados neste contexto.

Palavras-chave: Contratos de Adesão. Revisão judicial. Revisão contratual.

Abstract:

The study aimed to examine the possibility of judicial review of adhesion contracts, especially those performed between parties apparently in equilibrium, ie, contracts that are entered into in civil relations, but it has a weak party. Therefore, it was necessary to rescue formation concepts and validity requirements contract, as well as the principles which contracts must be submitted. From the understanding of the principles that can guide the question of judicial review of the contracts, considering also the differences between the contractual legal systems consumerist and civil were addressed theories that are used to justify this revision as well as the conditions to invoke the cited principles in a contract whose terms were fully accepted by the parties. When it is a contract of adhesion, then arises questions about the validity of their mandatory, being necessary to establish, first of all, an understanding about how they arise and form. It were approached, finally, contracts for membership in civil relations and especially the assumptions and rationale for the possibility of judicial review for such bound contracts in this context.

Keywords: Adhesion Contracts. Judicial review. Contract review.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	5
2	CONTRATOS	8
2.1	CONSIDERAÇÕES INICIAIS. CONCEITO	8
2.2	FORMAÇÃO E REQUISITOS DE VALIDADE.....	10
2.2.1	Capacidade e legitimação dos contratantes	11
2.2.2	Licitude, possibilidade e determinação do objeto	13
2.2.3	Forma prescrita ou não defesa em lei	14
2.3	PRINCÍPIOS CONTRATUAIS	15
2.3.1	Autonomia da vontade e autonomia privada	15
2.3.2	Função social dos contratos	17
2.3.3	Boa-fé subjetiva e boa-fé objetiva	19
2.3.4	Obrigatoriedade dos contratos e <i>pacta sunt servanda</i>	21
2.3.5	Equilíbrio contratual ou equilíbrio econômico	23
2.4	REVISÃO JUDICIAL DOS CONTRATOS	25
2.4.1	NOÇÕES INTRODUTÓRIAS	26
2.4.2	ONEROSIDADE EXCESSIVA. TEORIA DA IMPREVISÃO	28
2.4.3	DIFERENÇA ENTRE O CÓDIGO CIVIL E O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR EM RELAÇÃO A EXTINÇÃO DO CONTRATO POR ONEROSIDADE EXCESSIVA	30
2.5	A SEGURANÇA DAS RELAÇÕES JURÍDICAS SEGUNDO O PRINCÍPIO DA CONSERVAÇÃO DOS CONTRATOS	31
3	CONTRATOS DE ADESÃO	34
3.1	BREVES COMENTÁRIOS SOBRE O SURGIMENTO E UTILIDADE	34
3.2	FORMAÇÃO	37
3.2.1	Cláusulas gerais contratuais	39
3.2.2	Cláusulas abusivas	40
3.3	CONTRATOS DE ADESÃO FORA DAS RELAÇÕES CONSUMERISTAS ..	41
3.3.1	Contratos empresariais	42
3.3.2	Contratos civis em geral	43
3.4	REVISÃO DOS CONTRATOS DE ADESÃO DISCIPLINADOS PELO CÓDIGO CIVIL	44
4	CONCLUSÃO	50

1 INTRODUÇÃO

A atual sociedade demanda a realização de contratações de forma ágil, em grande escala, e é muito comum a utilização de contratos idênticos para um número e gênero indefinido de pessoas. Ainda quando é mais adequado que o contrato seja pontual, específico e para um grupo determinado de pessoas, ao se realizar as negociações, há uma exigência de soluções rápidas, juridicamente legais e comercialmente eficientes, levando à criação de contratos-modelo, cláusulas pré-definidas e objetivas.

O direito tem acompanhado estas novas exigências da sociedade moderna; e o direito contratual, em especial, precisa absorver estas transformações com eficiência.

A questão é como conciliar este anseio social sem colocar a perder a segurança jurídica, a proteção e equilíbrio contratual.

Para que não exista esta perda, muitas vezes se verifica a necessidade de flexibilizar os princípios que antes regiam a matéria. Ao mesmo tempo, o Estado passa a intervir nas relações jurídicas, para minimizar os efeitos da autonomia da vontade e o abuso do poder econômico.

Assim, o trabalho apresenta a seguinte estrutura: Na primeira parte, partindo do conceito jurídico de contrato, abordaremos sua importância na sociedade e como ocorre sua formação no mundo jurídico, além dos requisitos necessários para que sua existência seja válida.

Na sequência e mesmo capítulo, falaremos sobre os principais princípios que sustentam o direito contratual, entre eles a autonomia privada, função social, boa-fé e equilíbrio econômico, os quais devem balizar o núcleo do tema deste trabalho, que é a revisão contratual dos contratos de adesão.

Estes conceitos contratuais básicos e seus princípios são importantes para entendermos, portanto, os mecanismos dos contratos de adesão, seus aspectos positivos e negativos e suas limitações como criador de condições e obrigações juridicamente válidas.

Na segunda parte estaremos, então, trazendo alguns parâmetros para entendermos a existência e formação dos contratos de adesão que surgem como uma ferramenta eficaz para atender tamanha demanda pela formalização dos negócios jurídicos que passaram a ser realizados em uma sociedade de consumo,

os quais têm sido utilizados em larga escala, não só nas relações consumeristas, mas passa a ser comum, também, nas relações empresariais.

Para enfoque mais restrito, estaremos dando enfoque na existência de contratos de adesão realizados em relações civis ou empresariais.

Além do contrato de adesão, temos os chamados contratos-tipo ou contratos padrão, que também podem conter caráter de adesividade, os quais importam ser observados pois, se há superioridade econômica do estipulante, logo há restrição da liberdade contratual, podendo este contrato-tipo ser em sua essência, um contrato de adesão. A parte final terá, assim, enfoque na revisão dos contratos de adesão, especialmente, os contratos firmados em relações civis.

Em nosso contexto social, boa parte dos contratos é realizada sob uma forte influência da parte economicamente mais forte no período anterior ao fechamento.

Com isto, o tema aqui abordado é de suma importância para adequação dos contratos que apresentam desequilíbrio em suas obrigações.

Desta forma, até que ponto podemos afirmar que um contrato, aparentemente paritário, não está escondendo um desequilíbrio com restrições de direitos, imposições de obrigações, penalidades excessivas?

E, uma vez identificado este desequilíbrio, poderia a parte prejudicada levar o contrato para uma revisão judicial, alegando que a obrigação somente foi assumida em razão de sua posição mais fraca e da condição de “pegar ou largar”, ou seja, com evidente impossibilidade de recusar o contrato como um todo se não aceitar parte dele, seja em razão de um monopólio de mercado, ou de uma necessidade urgente?

A teoria da lesão tem sido observada para aplicação neste contexto, onde uma das partes, levadas pela preeminente necessidade a realizar um ato jurídico desfavorável.

Portanto, é necessário que alguns conceitos sejam estabelecidos e, num equilíbrio de princípios contratuais, se concluir sobre a possibilidade ou não de uma revisão contratual em situações como estas.

O princípio da autonomia da vontade que é baseado na liberdade de realizar negócios que bem entender e na forma que se desejar, tem interferência com a nova ordem da função social do contrato, evoluindo para o princípio da autonomia privada que dá aos sujeitos de direito o poder de criar normas, com a força do princípio da

obrigatoriedade dos contratos que, por sua vez, é mitigado pela teoria da imprevisão ou da lesão.

Desta forma, vemos os princípios do direito contratual sendo revistos e contrabalanceados com novos conceitos, e a legislação e a jurisprudência tem acompanhado esta evolução e impondo uma nova visão sobre a relação contratual que se desenvolve na sociedade.

Este trabalho, portanto, tem o objetivo de abordar as mudanças e evoluções dos principais princípios jurídicos que giram em torno das relações contratuais e, ainda, investigar os motivos que podem levar um contrato concluído a uma revisão judicial.

2 CONTRATOS

2.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS. CONCEITO

O contrato é um “negócio jurídico por excelência” (MARQUES, 2011, p.56) que se realiza pela união de vontades de duas ou mais pessoas que possuem interesses em comum, por vezes, contrapostos e visam, na realização do negócio, o alcance de um objetivo econômico.

A lei civil brasileira não dá o conceito de contrato. Os doutrinadores trazem suas definições de forma distinta, mas sempre complementares.

Maria Helena Diniz (2012, p. 31), conceitua contrato da seguinte forma:

Contrato é o acordo de duas ou mais vontades, na conformidade da ordem jurídica, destinado a estabelecer uma regulamentação de interesses entre as partes, com o escopo de adquirir, modificar ou extinguir relações jurídicas de natureza patrimonial.

Caio Mário da Silva Pereira (2010, p. 7) assim ensina:

Com a pacificidade da doutrina, dizemos então que o contrato é um acordo de vontades, na conformidade da lei, e com a finalidade de adquirir, resguardar, transferir, conservar, modificar ou extinguir direitos. Dizendo-o mais sucintamente, e reportando-nos à noção que demos de negócio jurídico (nº 82, supra, vol. I), podemos definir contrato como o ‘acordo de vontades com a finalidade de produzir efeitos jurídicos.’

Orlando Gomes (2001, p. 4-10), também aduz em seu ensinamento que “o *contrato* é uma espécie de *negócio jurídico* que se distingue na *formação* por exigir a presença de pelo menos duas *partes*. Contrato é, portanto, *negócio jurídico bilateral*, ou *plurilateral*”. E complementa seu conceito dizendo: “*Contrato* é, assim, o negócio jurídico bilateral, ou plurilateral, que se sujeita as partes à observância de conduta idônea à satisfação dos interesses que regularam.” (itálico do autor)

Mário de Camargo Sobrinho (2000, p. 33) informa que a semântica da palavra contrato vem do latim *contractu*, que significa “ato ou efeito de contratar; acordo entre duas ou mais pessoas que transferem entre si algum direito ou se sujeitam a alguma obrigação”.

O professor e jurista Alberto Gosson Jorge Junior (2011, p. 184) citando o conceito já acima trazido por Caio Mário da Silva Pereira, assim ensina:

Do conceito de negócio jurídico advém o de contrato, que pode ser concebido em visão ampla como 'um acordo de vontades, na conformidade da lei, que tem por finalidade adquirir, resguardar, transferir, conservar, modificar ou extinguir direitos' (Caio Mario da Silva Pereira), ou, restrito a conteúdo exclusivamente patrimonial, na acepção do Código Civil italiano: "o acordo de duas ou mais partes para constituir, regular ou extinguir, entre si, uma relação jurídica patrimonial'.

Alberto Gosson Jorge Junior (2013, p. 23), após comentar o conceito trazido pelo Código Civil Italiano, que liga o contrato a uma relação jurídica sempre patrimonial, ensina que poderá ocorrer a existência de um acordo de vontades que não tenha valor econômico expresso, porém, em seu bojo se verifica um reflexo da transferência de bens de ordem patrimonial. Assim diz:

Nessa definição prevalece o componente econômico no objeto dos contratos, o que não pode ser considerado como seu elemento distintivo no sistema jurídico brasileiro que, cautelosamente, não prevê qualquer definição de contrato, conforme se expôs anteriormente.

Assim dizemos por que se constata a existência de contratos sem conteúdo patrimonial intrínseco, muito embora, na Parte Especial do Direito das Obrigações do Código Civil, o interesse principal seja o conteúdo econômico, até por uma longa tradição que remonta ao direito romano.

O contrato representa um papel importante na sociedade, uma vez que sua existência serve de prova das relações jurídicas, comprova a circulação lícita de bens e riquezas (LOUREIRO, 2008, p. 32-33) e, acima de tudo, previne riscos, dá segurança às partes envolvidas devido ao seu poder de título executivo extrajudicial e constitui direitos (GOMES, 2001, p. 19)

O contrato cumpre, desta forma, a função social de maior importância, que é a econômica, desempenhando um papel de instrumento de circulação da riqueza, transferindo-a de um patrimônio para outro. E de acordo com o que ensina Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery (2012, p. 626), é por isso fala-se em "fins econômico-sociais do contrato como diretriz para sua existência, validade e eficácia."

Nesta linha de raciocínio, Cláudia Lima Marques (2011, p. 199) também comenta a importância do contrato:

Como afirmei no início desta obra, o contrato serve para remediar a desconfiança básica entre pessoas, funcionando, assim, como instrumento social de alocação de riscos, para alcançar a maior segurança possível entre os envolvidos e viabilizar a realização dos objetivos almejados pelas partes fortes e fracas.

Também ensinando na mesma direção, Luiz Guilherme Loureiro (2008, p. 57-58) traça alguns comentários a respeito da importância do contrato:

'Contrato', portanto, é um conceito jurídico que exprime uma realidade econômica subjacente na vida cotidiana da sociedade. Os conceitos jurídicos – e o contrato não poderia ser diferente – exprimem sempre uma realidade exterior a si própria, uma realidade de interesses, de relações, de situações econômico-sociais, relativamente aos quais cumprem, de diversas maneiras, uma função instrumental. [...] Assim, o termo 'contrato', do ponto de vista jurídico, está sempre ligado a uma operação econômica, à circulação de riquezas. Aliás, mesmo na linguagem comum a palavra 'contrato' é empregada para designar operação econômica, a aquisição ou a troca de bens e serviços, vale dizer, o 'negócio' entabulado entre as partes.

Neste contexto, podemos citar, por exemplo, que a cessão de direitos autorais, algumas vezes, pode até ser gratuita, não havendo pactuação de uma remuneração imediata pela operação jurídica realizada, porém, ainda que esteja ocorrendo a transferência de um direito abstrato, sabemos que, via de regra, a intenção é a exploração econômica dos direitos autorais cedidos.

Portanto, fica clara a definição jurídica e o objetivo social que o contrato oferece, sendo, então, necessário entendermos como um contrato é concretizado de forma válida para que venha surtir efeito nas relações jurídicas.

2.2 FORMAÇÃO E REQUISITOS DE VALIDADE

A formação do contrato exige a presença de alguns elementos, sem os quais ou ele não se realiza, ou ainda, o contrato estará viciado em sua origem, podendo ser levado à invalidade.

Assim são os ensinamentos de Caio Mário da Silva Pereira (2010, p. 26-30) a respeito destes elementos essenciais que podem ser *objetivos* ou *subjetivos*.

Para Maria Helena Diniz (2012, p. 35), os elementos *subjetivos* são:

- a) *existência de duas ou mais pessoas;*
- b) *capacidade das partes* (conforme dispõe os arts. 3º e 4º do Código Civil), nomeado pela autora como *capacidade genérica para os atos da vida civil*);
- c) *aptidão para contratar e*
- d) *consentimento.*

Os elementos *objetivos* dizem respeito ao objeto do contrato e são eles: a) a *licitude do objeto*, b) *possibilidade jurídica ou física do objeto*, c) *determinação do objeto (certo ou determinável)* e d) *existência de interesse econômico*. (DINIZ, 2012, p.38).

Também pode existir determinada exigência de requisitos formais, os quais dependem de determinação legal para sua validade. O contrato poderá, assim, ter *forma livre, forma especial ou solene*, como, por exemplo, no contrato de compra e venda de imóvel de valor superior a trinta salários mínimos que deve ser realizada através de escritura pública e a *forma contratual*, sendo esta última conforme a que for convencionada pelas partes (DINIZ, 2012, p. 38; GONÇALVES, 2012, p. 39-40).

Em termos gerais, são trazidos como requisitos contratuais, basicamente, os mesmos elementos do artigo 104 do Código Civil, ou seja, a *capacidade do agente*, a *possibilidade do objeto* e a *forma* (se exigido pela lei uma forma especial). (GOMES, 2001, p. 45-56).

A *manifestação de vontade* abriria o processo para o nascimento do negócio jurídico, onde as partes demonstram sua intenção de contratar, a qual tem na *declaração de vontade* sua apresentação concreta.

A declaração poderá ocorrer de forma *expressa* ou *tácita*, conforme nos orienta o artigo 107 do Código Civil que diz: “A *validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir.*”

Como menciona Maria Helena Diniz (2012, p. 56):

Todo contrato requer o acordo de vontades das partes contratantes ou o consentimento, que não constitui somente um requisito de validade, mas também um pressuposto de sua existência, de tal sorte que sem o mútuo consenso, expresso ou tácito, não haverá qualquer vínculo contratual.

Assim, são elementos da declaração da vontade a *oferta (proposta)* e a *aceitação*. Em decorrência do simples encontro destes elementos da vontade das partes, haverá a concretização do contrato, a partir da declaração de um e o aceite do outro.

2.2.1 Capacidade e legitimação dos contratantes

De acordo com os artigos 1º e 2º do Código Civil brasileiro todos são capazes de direitos e obrigações (LOUREIRO, 2008, p. 257).

Orlando Gomes (2001, p. 46) ensina que a capacidade considerada como um pressuposto contratual é a “*capacidade legal* de agir”.

Assim, apesar de uma pessoa ser juridicamente sujeito de direito, ela poderá não estar apta a praticar certos atos da vida civil, por lhe faltar capacidade natural, como ocorre com os menores ou os impedidos judicialmente, por exemplo, os quais só poderão ser parte se legalmente representados.

A doutrina faz distinção, ainda, entre a *legitimação* e a *capacidade*. (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2010, p. 56-57; DINIZ, 2012, p. 35; GONÇALVES, 2011, p. 34-35).

A legitimação tem a distinção da capacidade legal, na medida em que é necessário que a parte que é capaz cumpra requisitos legais ou não esteja impedida pela lei para contratar em determinadas situações como ocorre, por exemplo, com alguns tipos de serviços que só podem ser prestados por profissionais de classe, que possuem autorização do seu respectivo órgão profissional para o exercício da profissão, como ocorre com médicos, contadores, advogados etc.

Também poderá haver um impedimento subjetivo, por exemplo, a alienação de bem alheio, onde um sujeito para dispor deste bem de terceiro, somente poderá agir por meio de procuração especial para firmar um contrato de compra e venda. Na medida em que apresentar o mandato que o autoriza a negociar sobre o bem, ele estará legitimado a fazê-lo, ainda que não seja proprietário do bem.

Alberto Gosson Jorge Junior (2011, p. 189-190), falando sobre a legitimação, afirma que não somente as pessoas naturais ou jurídicas podem contratar, já que a legislação brasileira dá capacidade a que certos entes sem personalidade jurídica para serem partes, como no caso da herança jacente, espólio, sociedades despersonalizadas. Seria mais apropriado, portanto, segundo o autor, a utilização do termo *sujeito de direito* para designar a “parte habilitada ao exercício dos direitos subjetivos e, por consequência, à realização de contratos.”

Desta forma, o autor supra citado conclui quanto à legitimação:

Por conclusão, a *parte contratante*, para realizar contrato por si, sem representação ou assistência, necessita ser maior de idade e estar em pleno gozo de suas faculdades mentais, preenchendo assim os requisitos de capacidade geral para o exercício dos atos da vida civil. Mas não somente isso, pois deve estar capacitada especificamente, ou se quiser, estar legitimada para manifestar direta e validamente sua vontade naquele ou naqueles contratos específicos. Por exemplo, o juiz que está impedido pelo Estatuto da Magistratura de exercer atividade empresarial, o bacharel em direito

não inscrito na Ordem dos Advogados que está impossibilitado de contratar honorários com o cliente para o exercício da advocacia em geral etc. No caso da pessoa jurídica, seu *[re]presentante* deverá contar com poderes específicos previstos no contrato ou nos estatutos sociais. (itálico do autor)

São estas, portanto, as condições subjetivas apresentadas pela doutrina como requisitos para um sujeito ser parte em um contrato de forma a tornar o contrato juridicamente válido.

2.2.2 Licitude, possibilidade e determinação do objeto

O objeto contratual é a razão de ser do contrato, o resultado que se busca pela união da vontade das partes, que contrapostas, estabelecem a relação jurídica.

Desta forma, é de essência do contrato que seu objeto seja juridicamente consistente e, conseqüentemente, o objeto deve possuir características para que ele seja, assim como o próprio contrato, considerado válido.

Para tanto, deve-se ter certeza quanto a licitude do objeto, a possibilidade física ou jurídica do objeto e, por fim, se o objeto é determinado ou determinável.

A doutrina cita, ainda, a necessidade de significativo valor econômico do objeto para que o contrato seja juridicamente relevante (GONÇALVES, 2012, p. 38) ou, ao menos, que seja de interesse economicamente apreciável (MONTEIRO, 2012, p.20-21).

Álvaro Villaça de Azevedo (2001, p. 35) diz sobre a validade do ato jurídico que “qualquer ato jurídico para ser válido requer, além de sujeitos capazes, um objeto lícito, devendo ser ele, também, possível e, ainda, determinado ou, pelo menos, determinável.”

Desta forma, continua o mesmo jurista dizendo que o objeto “é lícito quando for possível juridicamente, pois que a iliceidade ou ilicitude do objeto é reprovada pela lei. [...] Quando o objeto é ilícito, torna-se impossível juridicamente a realização da obrigação.”

Sílvio Rodrigues (2003, p. 173) ensina quanto ao objeto no negócio jurídico:

Se o objeto do negócio é fisicamente impossível, é ele inidôneo, faltando, por conseguinte, ao ato jurídico um elemento substancial; mas, se é juridicamente impossível, o defeito não é mais de idoneidade, porém de liceidade.

A possibilidade do objeto poderá ser, portanto, tanto em relação a não iliceidade (que não atente contra a lei, contra a moral ou contra os bons costumes) ou ilicitude quanto em relação à condição física, material do objeto (AZEVEDO, 2001, p. 35), como por exemplo, nos contratos em que se estiver negociando produtos de improvável desenvolvimento, cuja incerteza de sua conclusão impossibilite a convenção.

Por fim, o objeto deve ser determinado ou determinável, pois o devedor não pode responder por uma obrigação que não seja perfeitamente definida, de sorte que não saiba o tamanho ou a espécie de sua obrigação.

Desta forma, o contrato deve conter os elementos necessários para que se possa determinar seu objeto, com especificações tais como gênero, espécie, quantidade ou caracteres individuais (DINIZ, 2003, p. 40).

2.2.3 Forma prescrita ou não defesa em lei

A regra contratual quanto à forma dos contratos é a da forma livre, como se compreende da leitura do artigo 107 do Código Civil (RODRIGUES, 2003, p. 176).

Tanto em relação ao tipo do contrato (contratos típicos ou atípicos), quanto em relação ao modo como ele se desenvolve e se concretiza, desde que sejam cumpridos os requisitos de formação, a regra é de que não haverá forma especial a ser observada se a lei não determinar.

Paulo Nader (2010, p. 21-22) menciona a divergência doutrinária a respeito de a forma ser um elemento essencial ao contrato ou não, a qual ocorre sob a justificativa de que “a forma é um dado que não integra o contrato, que é feito pelo acordo de vontades, sendo uma figura meramente exterior que em nada interfere no consentimento”.

Porém, se certo tipo contratual demandar a forma especial legalmente definida, esta forma deve ser respeitada ou o contrato será nulo.

A exceção em relação à forma, portanto, estará sempre na própria lei que poderá determinar, para certos contratos, a obediência a uma formalidade especial que, caso não seja cumprida, poderá invalidar o negócio.

Orlando Gomes (2001, p. 53) pontua que “a invalidade somente se decreta se a forma prescrita for da substância do contrato [...], pois a forma somente tem relevância jurídica quando exigida para a validade do contrato.”

Enfim, o contrato poderá ser verbal ou escrito se não houver forma prescrita, sendo de boa técnica, porém, que seja recomendada a formalização por escrito devido à sua força probatória.

2.3 PRINCÍPIOS CONTRATUAIS

2.3.1 Autonomia da vontade e a autonomia privada

A autonomia da vontade significa ter as partes a liberdade de contratar, declarando sua vontade, dispondo de bens e direitos. (GOMES, 2001, p. 22).

O princípio da autonomia da vontade tem na liberdade seu núcleo central, significando que as partes podem contratar sobre o que bem entenderem (AZEVEDO, 2001, p.24). O intervencionismo estatal praticamente não existe, ficando as partes plenamente livres para pactuar, como comentado por Cláudia Lima Marques (2011, p. 248).

Carlos Roberto Gonçalves (2012, p. 41) ensina:

O princípio da autonomia da vontade se alicerça exatamente a ampla liberdade contratual, no poder dos contratantes de disciplinar os seus interesses mediante acordo de vontades, suscitando efeitos tutelados pela ordem jurídica. Têm as partes a faculdade de celebrar ou não contratos, sem qualquer interferência do Estado. Podem celebrar contratos nominados ou fazer combinações, dando origem a contratos inominados.

Contudo, a autonomia da vontade sofreu um avanço com a intervenção estatal nas relações privadas, por meio do dirigismo contratual, com incidência, por exemplo, da função social (TARTUCE, 2012, p. 526).

A vontade dos contratantes passou a possuir limitação imposta pelos ditames das normas cogentes, e a liberdade ficou submissa e limitada ao ordenamento jurídico que impõe cláusulas gerais para os contratos que, ainda que não estejam expressas, deverão ser respeitadas e cumpridas pelas partes.

Ou seja, os sujeitos de direito poderão contratar desde que não infringjam a lei, a ordem pública e os bons costumes. Tem liberdade sobre todos os seus bens, porém, os que forem legalmente disponíveis. E, além disto, deverão se sujeitar a condições legais específicas que regem as relações contratuais, ainda que não

declarada ou contrárias à vontade das partes, sendo introduzidas pela lei as cláusulas contratuais gerais do direito contratual (COELHO, 2012a, 44-46).

Vemos assim, que o próprio Estado concede ou limita a liberdade individual para realização dos negócios jurídicos em sociedade.

Cláudia Lima Marques (2011, p. 66) define a liberdade contratual da seguinte forma:

A liberdade contratual significa, então, a liberdade de contratar ou de se abster de contratar, liberdade de escolher o seu parceiro contratual, de fixar o conteúdo e os limites das obrigações que quer assumir, liberdade de poder exprimir a sua vontade na forma que desejar, contando sempre com a proteção do direito.

Porém, é possível se diferenciar a *liberdade de contratar* da *liberdade contratual*. Neste caso a *liberdade de contratar* estaria ligada à liberdade ilimitada de celebrar contratos como, quando e com quem quiser, porém, na *liberdade contratual*, as partes teriam a limitação do conteúdo negocial, de acordo com a função social do contrato (TARTUCE, 2012, p. 529)

Álvaro Villaça Azevedo (2009, p.12), faz esta diferenciação ao mesmo tempo em que apresenta sua visão a respeito da liberdade no âmbito dos contratos:

É preciso, entretanto, distinguir essa liberdade, no âmbito dos contratos. Apresenta-se ela por duas facetas: a liberdade de contratar e a contratual. Pela primeira, a todos é lícita a elaboração de contratos. Todos são livres para realizar física e materialmente os contratos, desde que preenchidos os requisitos de validade dos atos jurídicos. Entretanto, no âmbito da liberdade contratual, na discussão das cláusulas e condições contratuais, há, na prática, o prevalecimento da vontade do economicamente forte. [...] Por essa razão, não há que falar-se em liberdade, em Direito, sem que existam limitações na ordem jurídica. E essas limitações encontram fundamento nos princípios gerais de direito e no próprio Direito Natural.

O autor Luiz Guilherme Loureiro (2008, p. 283) fala, ainda, em relação à liberdade contratual:

Os contratantes têm liberdade de procurar o lucro e, por isso mesmo, estão sujeitos também a determinados riscos. Devem eles cumprir as obrigações assumidas e, eventualmente, no lugar dos lucros que pensavam obter, podem ser forçados a suportar prejuízos. O risco é inerente ao negócio, assim como a responsabilidade contratual é a outra face da moeda que corresponde à liberdade contratual.

Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery (2012, p. 624), ensinam em relação a autonomia privada e autonomia da vontade:

Todos têm autonomia para declarar sua vontade e agir. Ou seja, é próprio do ser livre a *autonomia da vontade*, fruto do princípio da dignidade da pessoa humana (CF 1º III). Não se confunde a *autonomia da vontade* (princípio geral de direito), que respeita a correlação existente entre o querer do sujeito e a sua manifestação exterior (declaração, ato), com a *autonomia privada*, princípio de direito privado que corresponde, como visto, ao poder do sujeito de criar e submeter-se a regras particulares. (itálico dos autores)

Da mesma forma, Rosa Maria de Andrade Nery (2002, p. 116), complementa que a autonomia privada é “princípio específico de Direito privado. Situa-se em outro plano, ligada à ideia de poder o sujeito de Direito criar normas jurídicas particulares que regerão seus atos”.

Neste sentido, podemos verificar que o princípio da autonomia privada significa que os particulares possuem a liberdade e, principalmente, o poder de se submeter espontaneamente a condições que determinarem e, uma vez consentido, fazem lei entre si, obrigando-se por elas e produzindo verdadeiras normas jurídicas (LOTUFO e NANNI, 2011, p. 78-87).

Portanto, a autonomia privada consiste em um poder normativo privado. E este poder normativo, envolto também da liberdade contratual, possui a limitação de observância da ordem pública, moral e bons costumes.

2.3.2 Função social dos contratos

Como acima observado, a autonomia da vontade sofreu limitações devido ao surgimento, também de outros princípios, tais como a função social.

O Código Civil de 2002 é sempre louvado pelos juristas por sua forte influência para que as relações civis tenham por premissa este princípio, ou seja, o privilégio pela observância da função social (NERY JUNIOR e NERY, 2012, p. 626).

São dois os artigos que transmitem a imposição legal da aplicação da função social nas relações contratuais. São eles o artigo 421 e o artigo 2.035, Parágrafo único, a seguir transcritos:

“Art. 421 A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.”

“Art. 2.035 (...) Parágrafo único. Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos

por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos.”

É o artigo 421 que nos mostra claramente como a autonomia da vontade sofreu limitação pelo dirigismo contratual e esta limitação está traduzida de forma ampla como *função social do contrato*.

Também é possível concluir que o contrato não deve ser considerado apenas como instrumento que diz respeito unicamente às partes que dele participam. O princípio de que o contrato atinge somente as partes, não prejudicando nem beneficiando terceiros, perde valor com a introdução da função social; e o contrato privado passa a repercutir nos interesses da sociedade, conforme ensinam Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery (2012, p. 627):

O contrato estará conformado à sua função social quando as partes se pautarem pelos valores da solidariedade (CF 3^a I) e da justiça social (CF 170 caput), da livre iniciativa, for respeitada a dignidade da pessoa humana (CF 1^o III), não se ferirem valores ambientais (CDC 51 XIV) etc. Haverá desatendimento da função social quando: a) a prestação de uma das partes for exagerada ou desproporcional, extrapolando a álea normal do contrato; b) quando houver vantagem exagerada para uma das partes; c) quando quebrar-se a base objetiva ou subjetiva do contrato etc.

Luiz Guilherme Loureiro (2008, p. 61) traz destaque para a interferência que a função social traz para a proteção das partes, especialmente aquela mais vulnerável:

A função social do contrato, conseqüentemente, é velar pela equitativa distribuição de riquezas, de forma a assegurar que o patrimônio inicial das partes, por ocasião da celebração da avença, não seja afetado de forma desproporcional por força do cumprimento do contrato. O contrato não deve representar fonte de enriquecimento sem causa ou violar as noções básicas de equidade. Seu papel fundamental é assegurar a livre circulação de bens e serviços, a produção de riquezas e a realização de trocas, sempre de forma a favorecer o progresso social, evitando o abuso do poder econômico e a relação desigual entre os co-contratantes.

Neste aspecto, somos levados a observar o princípio da boa-fé objetiva que deve ser guardado pelas partes e que também é reflexo da função social, conforme ensina Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery (2012, p. 627):

A boa-fé objetiva, cláusula geral prevista no CC 422, decorre da função social do contrato, de modo que tudo o que se disser sobre a boa-fé objetiva poderá ser considerado como integrante, também da cláusula geral da função social do contrato.

Porém, a função social, muito mais do que a busca pelo equilíbrio contratual, com aspecto individualista, define que o contrato realizado sob a nova ordem civil, deve atentar para os interesses da sociedade, conforme pondera Eduardo Sens dos Santos (2002, p. 29):

[...] o contrato não pode mais ser entendido como mera relação individual. É preciso atentar para seus efeitos sociais, econômicos, ambientais e até mesmo culturais. Em outras palavras, tutelar o contrato unicamente para garantir a equidade das relações negociais em nada se aproxima da ideia de função social. O contrato somente terá uma função social – uma função pela sociedade – quando for dever dos contratantes atentar para as exigências do bem comum, para o bem geral.

É de se concluir, portanto, que a função social visa estabelecer não somente a igualdade de tratamento e que o negócio entre particulares não seja considerado desproporcional entre as partes envolvidas, mas também reflète no campo social e, portanto, não deve ser de forma alguma prejudicial à sociedade, ainda que seu objeto seja lícito.

2.3.3 Boa-fé subjetiva e boa-fé objetiva

Historicamente, a boa-fé tem por base a *fides* romana, evoluindo de forma independente do Direito romano clássico, canônico e germânico até à visão atual de boa-fé utilizada no direito privado a qual foi modernamente introduzida no Código de Napoleão (CORDEIRO, 2011) e do qual nossa lei civil se baseou em grande parte.

No Código Civil brasileiro, o instituto da boa-fé deve ser observado sob duas óticas: a boa-fé subjetiva e a boa-fé objetiva, consoante o que os artigos 113 e 421 dispõem.

A boa-fé no aspecto subjetivo, também denominada de concepção *psicológica* da boa-fé (NERY JUNIOR e NERY, 2012, p. 631), diz respeito ao aspecto psicológico das partes no momento de contratar, de forma que, ao se interpretar uma norma privada, deverá se considerar a intenção, “o estado psicológico ou íntima convicção” das partes (GONÇALVES, 2012, p. 56).

Álvaro Villaça de Azevedo (2009, p. 15) menciona que a boa-fé subjetiva “é um estado de espírito que leva o sujeito a praticar um negócio em clima de aparente segurança.”

O juiz deverá verificar a existência da boa-fé subjetiva no momento de interpretação das condições contratuais, pois esta está relacionada à intenção e comportamento das partes no momento de realização do negócio jurídico, conforme orienta o art. 112 do Código Civil (NERY JUNIOR e NERY, 2012, p. 397).

Gagliano e Pamplona Filho (2011, p. 101) ensinam que aquele que age mediante desconhecimento da existência de um vício poderá, mediante a boa-fé subjetiva, ter sua condição mitigada pela lei ou até ser de alguma forma favorecido, conforme exemplificam:

Em geral, esse estado subjetivo deriva do reconhecimento da ignorância do agente a respeito de determinada circunstância, como ocorre na hipótese do possuidor de boa fé que desconhece o vício que macula a sua posse. Nesse caso, o próprio legislador, em vários dispositivos, cuida de ampará-lo, não fazendo o mesmo, outrossim, quanto ao possuidor de má-fé (arts. 1.214, 1.216, 1.217, 1.218, 1.219, 1.220, 1.242, do CC).

E para Mario de Camargo Sobrinho (2000, p. 31) a interpretação de acordo com a boa-fé é base para a segurança das relações jurídicas, acrescentando:

Pelo princípio da boa-fé, segundo o qual, na interpretação do contrato é preciso ater-se mais à intenção do que ao sentido literal da linguagem, e, em prol do interesse social de segurança das relações jurídicas, as partes deverão agir com lealdade e confiança recíprocas, auxiliando-se mutuamente na formação e na execução do contrato.

Já a boa-fé objetiva é princípio que deve ser operante para as partes em todo o momento de relação contratual, como propõe o artigo 422: “os contratantes são *obrigados a guardar [...] o princípio da boa-fé.*”

O artigo retro citado menciona que esta obrigação de boa-fé deve ser observada na conclusão e na execução do contrato. Porém, não é admitido que não seja também observada durante a fase pré e pós-contratual (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2011, p. 113).

Com isto, ensina Álvaro Villaça de Azevedo (2009, p.15):

Assim, desde o início devem os contratantes manter seu espírito de lealdade, esclarecendo os fatos relevantes e as situações atinentes à contratação, procurando razoavelmente equilibrar as prestações, prestando informações, expressando-se com clareza e esclarecendo o conteúdo do contrato, evitando eventuais interpretações divergentes, bem como cláusulas leoninas, só em favor de um dos contratantes, cumprindo suas obrigações nos moldes pactuados, objetivando a realização dos fins econômicos e sociais do

contratado; tudo para que a extinção do contrato não provoque resíduos ou situações de enriquecimento indevido, sem causa.

Venosa (2012, p. 374) considera três as funções que a boa-fé objetiva exerce: função interpretativa (art. 113); função de controle dos limites do exercício de um direito (art. 187); e função de integração do negócio jurídico (art. 422). E esclarece, ainda, que a boa-fé objetiva se traduz como uma regra de conduta, um dever de agir de acordo com determinados padrões sociais estabelecidos e reconhecidos.

Da mesma forma Alberto Gosson Jorge Junior (2011, p. 197) explica que:

A boa-fé objetiva é regra de conduta que impõe às partes dever de honestidade, retidão, lealdade e, principalmente, na consideração para com os interesses do alter, visto como um membro do conjunto social que é juridicamente tutelado.

Podemos perceber, portanto, que a boa-fé objetiva se traduz na ética contratual, ou seja, não estarem as partes com intenção alguma de obter uma vantagem injusta ou de prejudicar a outra parte, agindo com honestidade e intenção sincera de cumprir suas obrigações.

2.3.4 Obrigatoriedade dos contratos e *pacta sunt servanda*.

O princípio da força obrigatória dos Contratos, obrigatoriedade contratual ou *pacta sunt servanda* impõe que, uma vez as partes, segundo o princípio da autonomia da vontade, pactuaram livremente e consentiram sobre as disposições contratuais, logo elas devem ser obrigadas ao cumprimento das regras às quais elas próprias se submeteram (NADER, 2010, p. 27).

Orlando Gomes (2001, p.36) ensina que, se as partes celebraram um contrato válido, com seus pressupostos e requisitos, o conteúdo deste contrato, revelado por suas cláusulas, deve ser considerado como “preceitos legais imperativos”. E sendo assim, impassível de discussão judicial. Portanto, “o princípio da intangibilidade do conteúdo dos contratos significa impossibilidade de *revisão pelo juiz*, ou de libertação por ato seu.” (itálico do autor)

Este princípio é trazido desde a publicação do Código Civil Francês que em seu artigo 1.134 preceitua que o contrato faz lei entre as partes:

Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi.

E o mesmo teor foi trazido pelo Código Civil Italiano, no art. 1374

Integrazione del contratto - Il contratto obbliga le parti non solo a quanto è nel medesimo espresso, ma anche a tutte le conseguenze che ne derivano secondo la legge, o, in mancanza, secondo gli usi e l'equità.

Da mesma forma, Cláudia Lima Marques (2011, p. 68), também extrai da ideia de ambos os textos da lei estrangeira citados, o conceito de que os contratos regidos pelo princípio da força obrigatória, somente se modifica por meio de um novo acordo entre as partes, acrescentando, ainda, que acontecimentos de caso fortuito e força maior também seriam motivos de desvinculação das obrigações assumidas. E assim acrescenta:

A ideia da força obrigatória dos contratos significa que, uma vez manifestada a vontade, as partes estão ligadas por um contrato, têm direitos e obrigações e não poderão se desvincular, a não ser através de outro acordo de vontades ou pelas figuras da força maior e do caso fortuito (acontecimentos fáticos externos e incontroláveis pela vontade do homem). Esta força obrigatória vai ser reconhecida pelo direito e vai se impor ante a tutela jurisdicional. Ao juiz não cabe modificar e adequar à equidade a vontade das partes, manifestada no contrato; ao contrário, na visão tradicional, cabe-lhe respeitá-la e assegurar que as partes atinjam os efeitos queridos pelo seu ato. Lembre-se por último que, como corolário da liberdade e da autonomia da vontade, a força obrigatória dos contratos fica limitada às pessoas que dele participaram, manifestando a sua vontade (inter partes).

No contexto de que o contrato faz lei entre as partes, Luiz Guilherme Loureiro (2008, p. 72), pondera que:

O contrato não é superior nem igual à lei. Em última análise, o contrato somente existe porque a lei confere à vontade humana o poder de criar direitos e obrigações. Embora o contrato seja fonte de obrigações, esta fonte é dependente da lei, que pode regulamentá-la ou mesmo proibi-la em certos casos.

Segundo este princípio, portanto, o vínculo criado entre as partes por meio do contrato, é indissolúvel e imutável, e é importante acrescentar isto ocorre porque assim a lei determina.

Contudo, dentro das concepções modernas do direito contratual, vemos este princípio mitigado por teorias e princípios que visam restabelecer o equilíbrio contratual que deve permear a relação jurídica entre as partes e do qual falaremos a seguir.

2.3.5 Equilíbrio contratual ou equilíbrio econômico

O princípio do equilíbrio contratual leva em consideração a existência de igual poder de negociação entre as partes de forma que haja equivalência das obrigações estabelecidas no contrato e a manutenção desta equivalência até sua conclusão.

É princípio que caminha com os princípios da função social e da boa-fé objetiva e tem por fim a realização da justiça contratual (HIRONAKA e TARTUCE, 2007, p. 172).

A partir destas premissas, será necessária a existência deste equilíbrio econômico-contratual que deve perdurar durante toda a execução do contrato. Uma vez constatado, seja no momento que for, que há desequilíbrio entre as partes, ou nas obrigações, é necessário verificar o que pode ter concorrido para este fato e se estamos diante de uma situação ilegal.

Poderá ter ocorrido de o contrato já ter nascido com deformação de equivalência das prestações. Se for o caso, deve-se observar se ocorreu lesão subjetiva (art. 157 do Código Civil) ou se a contratação ocorreu em estado de perigo (art. 156 do Código Civil).

Estas duas hipóteses legais podem ter sido causas para que uma das partes viesse a se submeter à uma situação desigual, resultando em um vício de consentimento que torna o contrato anulável. Esclarecem Giselda Hironaka e Flávio Tartuce (2007, p. 47) que a anulabilidade permite a convalidação pelo tempo, pois a mesma se sujeita a prazo decadencial (art. 178, CC).

Pode ser, ainda, que durante a execução do contrato ocorreu uma situação imprevista, que tornou a manutenção do contrato benéfica apenas para uma das partes, prejudicando a outra de tal forma que o torne inviável. Esta situação é tratada na teoria da imprevisão que leva em consideração situações que possibilitam o desfazimento do liame jurídico ou, ainda, a revisão contratual.

Teresa Ancona Lopez (FERNANDES, 2007, p. 25-26) explica que o princípio do equilíbrio contratual e a onerosidade excessiva são fontes da *justiça contratual*, que têm correspondentes também na *boa-fé objetiva* e na *função social* do contrato, como dito acima. Assim, o restabelecimento do equilíbrio contratual é, portanto, de interesse social e não apenas privado.

Os arts. 156, 157, 317 e 478 do Código Civil, e o art. 6º, V do Código de Defesa do Consumidor são textos legais que demonstram a importância deste princípio para o legislador.

O respeito ao equilíbrio contratual deve estar presente durante todas as fases contratuais, assim como a boa-fé e a função social, e qualquer desalinhamento que tenha repercussão econômica jurídica poderá ensejar a revisão. Sua importância leva a este desfecho, conforme argumenta Celia Weingarten (2001, p. 33):

[...] la equidad económica constituye un principio dentro de la contratación privada que permite reequilibrar durante la ejecución cualquier situación total o parcial, que por razones externas a las partes, devénganse inequitativas en términos de valor.

O princípio do equilíbrio é, desta forma e sobretudo, de proteção, segundo as palavras Alberto Gosson Jorge Junior (2013, p. 49 e 50):

Este princípio tem por finalidade proteger o contratante contra a *lesão* (art. 157) e a *onerosidade excessiva* (art. 478). Está presente nos contratos bilaterais *comutativos* e concede ao juiz ferramentas para decretar a *revisão* ou a *resolução* dos contratos, conforme já mencionado anteriormente, avaliando as condições econômicas das prestações, desde que constatada sensível desproporção no peso das obrigações de parte a parte.

O Código optou por privilegiar a expressão *onerosidade excessiva*, mas é certo que a preocupação em preservar o razoável equilíbrio entre o peso das vantagens e os sacrifícios das prestações contratadas já se encontrava presente em institutos e concepções de origem diversa, ainda que movidos pelo mesmo escopo, como são a cláusula “*rebus sic stantibus*”, a teoria da *imprevisão*, a teoria da *base do negócio jurídico*. (itálico do autor)

Assim, não importa a razão para a existência deste desequilíbrio, é necessário observar o contexto contratual para se determinar a possibilidade de revisão do contrato, ou em último caso, até mesmo sua resolução, conforme pondera Pietro Perlingieri (2002, p. 151):

La conseguenza normale, ma non esclusiva, della violazione del principio di proporzionalità è la riduzione ad equità, ma rectius, a proporzione. Spesso, a questa, si affiancano ora l'inefficacia relativa rilevabile d'ufficio, ora la nullità della clausola squilibrante e la conservazione del contratto (ipotesi dell'usura e della rescissione).

Arnaldo Rizzardo (2009, p. 22) afirma que em nosso ordenamento “não se permite a vantagem escandalosa, o negócio desastroso” e acrescenta também a impossibilidade de abuso de direito:

Em nossa lei, não há regra geral sobre a equivalência das prestações e contraprestações, mas pela razão que se leva a repelir a fixação do preço por uma das partes é justo que se repila o preço derrisório que deixará presumir abuso da inexperiência ou da dependência do vendedor.

Contudo, se o desequilíbrio for decorrente de lesão subjetiva, poderá levar à anulabilidade do contrato, conforme expõe Luiz Guilherme Loureiro (2008, p. 289):

[...] a lesão subjetiva, tal qual o erro, é um vício da vontade, se manifesta por ocasião da celebração do contrato e não após. A imprevisão ou resolução por onerosidade excessiva apenas se verifica após a celebração do contrato e não anula o contrato, embora possibilite a sua resolução. Na lesão subjetiva, uma das partes aproveita a inferioridade da contraparte para realizar o negócio jurídico, obtendo vantagens patrimoniais que, de outro modo, não obteria. O negócio já nasce desequilibrado, faltando a correspectividade. Na lesão superveniente, existe um equilíbrio inicial do contrato, que se realiza em condições normais, até que sobrevém uma excessiva onerosidade, viciando o ato, convertendo na ruína de uma das partes e em verdadeiro prêmio de loteria para a outra.

Neste caso, podemos concluir que o vício de consentimento terá ocorrido em razão de quebra da boa-fé objetiva que não foi guardada na fase pré-contratual pela parte que levou vantagem indevida do negócio, de forma que sua manutenção seria também resultado de injustiça o que não coaduna, também, com o princípio da função social.

Conforme ensina Álvaro Villaça Azevedo (2009, p. 29):

Cabe, no caso de desequilíbrio contratual, causado por onerosidade excessiva, uma revisão dos termos do contrato, que implica a atualização dos valores nele consignados, para que não restem as partes contratantes fora da realidade de seu querer inicial, totalmente alterado pela situação posterior. [...] Assim, caso as partes contratantes ou uma delas não concorde com o resultado da revisão judicial proposta e malograda, deverá o juiz declarar resolvido o contrato.

Assim, o reequilíbrio deverá ser buscado pela parte que se sentir em desvantagem, ainda que por via judicial, o que culminará, contudo, caso seja impossível a renegociação entre as partes, na resolução contratual.

2.4 REVISÃO JUDICIAL DOS CONTRATOS

2.4.1 NOÇÕES INTRODUTÓRIAS

Como acabamos de ver, o princípio do equilíbrio econômico contratual é de extrema importância para a justiça contratual.

A imposição legal para se cumprir uma obrigação assumida no âmbito privado é importante, porém, no caso em que esta tenha se tornado excessivamente onerosa, sua exigência poderia desencadear, por ex., uma insolvência civil ou uma falência desencadeando um reflexo social muito mais negativo, de sorte que é necessário se rever a força obrigatória de cumprimento contratual em certos casos.

Fábio Ulhoa Coelho (2012a, p. 119) nos ensina que a possibilidade de revisão judicial vem da antiguidade:

A formulação de preceito geral correspondente a esse valor deve-se ao direito canônico e aos pós-glosadores que, na Idade Média, definiram como implícito a todo contrato de execução contínua ou diferida um *pacto* condicionando sua eficácia à preservação das mesmas circunstâncias existentes ao tempo da celebração – a cláusula *rebus sic stantibus*.

A evolução do conceito ocorreu após o início do século XX com a relativização do *pacta sunt servanda* devido a ocorrência de situações de guerras em que contratantes ficavam em situações de impossibilidade de cumprimento de suas obrigações, durante ou mesmo após o fim do período, sem despendar enorme sacrifício, conforme dados trazidos por Lucia Ancona Lopez de Magalhães Dias (2007a, p. 328).

A autora fala sobre a evolução da possibilidade de revisão judicial, especialmente, sobre a cláusula *rebus sic stantibus* que nasceu como condição implícita a todo contrato de longa duração que teria seu cumprimento condicionado à permanência do estado de fato das coisas da mesma forma da época da formação do vínculo entre as partes: “*contractus qui habent tractum sucessivum et dependentiam de futuro, rebus sic stantibus intelliguntur*”.

Complementa no mesmo texto, que teorias como a da *imprevisão*, da *base do negócio jurídico* e da *oneriosidade excessiva* também surgiram no mesmo sentido, de que, para o fiel cumprimento dos contratos, as partes devem permanecer em condições de equilíbrio jurídico.

No Brasil, foi no Código Civil de 2002 que o sistema jurídico teve consolidados institutos como o da lesão, o da onerosidade excessiva e a possibilidade de revisão contratual. Sobre estes temas, ensina Humberto Theodoro Júnior (2008, p. 11-12):

O sinalagma contratual leva a ordem jurídica a proteger o contratante contra a *lesão* e a *onerosidade excessiva*. No primeiro caso, torna-se anulável o contrato ajustado, por quem age, sob premente necessidade ou por inexperiência, obrigando-se a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta (Código Civil, ar. 157). Na hipótese de superveniência de acontecimentos extraordinários, que tornem a prestação excessivamente onerosa para uma das partes contratantes e extremamente vantajosa para a outra, o que a lei faz é permitir a resolução do contrato ou a revisão de seus termos, para restabelecer o equilíbrio econômico entre prestação e contraprestação (Código Civil, arts. 478 e 479). (itálico do autor)

Em caso de desequilíbrio, portanto, as partes têm direito a terem suas obrigações renegociadas, sendo por vezes necessária, inclusive, a intervenção estatal para o restabelecimento das condições obrigacionais a um patamar que seja possível de cumprimento pela parte prejudicada.

A revisão judicial dos contratos nada mais é, portanto, do que um importante instrumento disponível para se fazer com que a finalidade contratual seja atingida.

E para que esta finalidade aconteça, não poderá permanecer a situação de desequilíbrio, não importando o tipo de relação contratual construída pelas partes. Por esta razão, como comenta Rodrigo Toscano de Brito (2007, p. 186):

De fato, estando-se diante de um contrato civil ou empresarial puro, em que as partes têm a sensação de que a prestação é proporcional e razoável em relação à contraprestação, então não se há de intervir na economia contratual, sem provocação de uma das partes que esteja eventualmente prejudicada. O mesmo, em face da presença do interesse difuso e coletivo envolvido, não se poderia dizer de um contrato de consumo. Mas, o que é importante concluir aqui é que a possibilidade de pedir o reequilíbrio do contrato, revisando-o, ou sua resolução por não mais suportá-lo, do ponto de vista objetivo, sempre estará à disposição do contratante que se sente lesado, diante de qualquer natureza contratual, seja civil, empresarial ou de consumo.

A revisão é, portanto, uma ferramenta colocada à disposição das partes, um direito à renegociação do contrato após a fase de formação, uma relativização do princípio da obrigatoriedade dos contratos que se coloca como uma solução social para situações que, se não resolvidas poderão ter reflexos negativos muito maiores.

2.4.2 ONEROSIDADE EXCESSIVA. TEORIA DA IMPREVISÃO

A onerosidade excessiva, como um dos suportes para aplicação da teoria da imprevisão abre espaço para aplicação do princípio do equilíbrio contratual, que se contrapõem ao princípio da força obrigatória dos contratos e renascimento da cláusula *rebus sic stantibus*.

Desta forma, o princípio do equilíbrio contratual permite revisar as condições contratuais quando uma das partes que se submeteu ao contrato enfrenta um revés e alteração na base objetiva do negócio, ou modificação na situação em que o contrato foi desenvolvido, o que impossibilita o cumprimento da obrigação assumida.

Como retro observado, o desenvolvimento de diferentes teorias (*imprevisão, base do negócio jurídico, onerosidade excessiva*) surgiram para relativizar o princípio do *pacta sunt servanda*.

Álvaro Villaça de Azevedo (2009, p. 30-31) destaca a possibilidade de independência entre a teoria da imprevisão e a cláusula *rebus sic stantibus*:

Resumindo, nessa oportunidade, meu entendimento, julgo que a cláusula *rebus sic stantibus* pode ser admitida sem a moderna teoria da imprevisão, que reduz sua intensidade, possibilitando sua aplicação somente em situações futuras e imprevisíveis.

Para mim, portanto, a lesão enorme ocorre, quando existe mero desequilíbrio contratual, desde que presentes graves modificações no contrato, pressupondo, assim, a *alea extraordinária*.

[...] Desse modo, o art. 480 cuidará, como cuida, do desequilíbrio econômico, com inspiração no Direito Justinianeu, no nascimento do contrato, coibindo cláusulas leoninas e abusivas.

Vemos que no direito inglês, a teoria da imprevisão considera três situações: a ilegalidade superveniente (assim considerada a alteração legislativa a respeito do objeto que o torne ilegal no cumprimento), a impossibilidade física do objeto (especialmente os de cumprimento pessoal, em que o devedor venha a sofrer acidente ou falecer, por exemplo) e grave obstrução ao cumprimento do contrato, sendo que a simples onerosidade ou a dificuldade de ser cumprido o contrato não permite a aplicação da referida teoria (ANDREWS, 2012, p. 233-250).

Contudo, nossa legislação civil não adotou a teoria da imprevisão de modo expreso (AZEVEDO, 2012, p. 16-17), mas trouxe algumas hipóteses para sua aplicação, como é o caso da onerosidade excessiva.

Consenso é que a aplicação da teoria da imprevisão deve ser excepcional. Não se trata de resolver ou modificar o contrato mediante um acontecimento que seja previsível ou que pode ser classificado como acontecimento de risco comum pelo qual as partes estão sujeitas durante a execução dos contratos.

Contudo, quando se tratar de situação ocorrida onde a extraordinariedade e a imprevisibilidade estejam presentes, e sobrevindo situação que torne a obrigação excessivamente onerosa para a parte que se submeteu a ela, esta ocorrência seria capaz de relativizar a obrigatoriedade de cumprimento da obrigação.

Esta exigência é bem pontuada por André Borges de Carvalho Barros (2007, p. 323):

É em virtude da boa-fé objetiva e da noção de justiça contratual que defendemos que a extraordinariedade e imprevisibilidade do evento não devem ser tomadas numa análise subjetiva do que os contratantes poderiam ou não ter imaginado quando contrataram. Os requisitos devem ser analisados tão-somente do ponto de vista objetivo, ou seja, a partir do risco natural do contrato. Assim, seria considerado evento extraordinário e imprevisível aquele que fugisse dos riscos próprios, dos riscos ordinários do contrato. Devemos ponderar que não se trata, entretanto, de elevar o risco contratual à categoria de requisito para revisão ou resolução do contrato. O requisito para que o contrato seja revisto é a existência de fato superveniente, devendo o risco contratual ser aferido apenas como base de apuração da extraordinariedade e imprevisibilidade do evento.

No caso do Código Civil, a leitura do artigo 478 nos dá a impressão de que em situações de onerosidade excessiva, a resolução é a solução a ser considerada. Contudo os arts. 478 e 480 possibilitam a modificação das condições pactuadas para conservação do contrato.

A interpretação da jurisprudência tem considerado a interpretação extensiva do artigo 478, levando à edição do Enunciado 175 da III Jornada de Direito Civil do Superior Tribunal de Justiça, nos termos seguintes: “A menção à imprevisibilidade e à extraordinariedade, insertas no art. 478 do Código Civil, deve ser interpretada não somente em relação ao fato que gere o desequilíbrio, mas também em relação às consequências que ele produz”.

Antes, já havia o Enunciado 17 da I Jornada realizada, editada no mesmo sentido: “A interpretação da expressão ‘motivos imprevisíveis’, constante do art. 317 do novo Código Civil, deve abarcar tanto causas de desproporção não previsíveis como também causas previsíveis, mas de resultados imprevisíveis.”

Também neste sentido, Teresa Ancona Lopez (FERNANDES, 2007, p. 19) explica que a resolução contratual não é só por onerosidade excessiva, mas o Código Civil também coloca como opção de revisão contratual a ocorrência de institutos como o da lesão e do estado de perigo que poderão ser suscitados como causa de anulação dos contratos por defeito na declaração do negócio.

2.4.3 DIFERENÇA ENTRE O CÓDIGO CIVIL E O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR EM RELAÇÃO A EXTINÇÃO DO CONTRATO POR ONEROSIDADE EXCESSIVA

Vemos que, diferente do Código Civil, o Código de Defesa do Consumidor, de acordo com o artigo 51, § 2º, prestigia a manutenção do contrato em favor do consumidor, ao invés da resolução contratual.

Eduardo Luiz Bussatta (2007, p. 157) explica a sistemática de ambos os códigos, nas seguintes palavras:

Quer-nos parecer que tais dispositivos, apesar de sua finalidade idêntica – conservar o contrato ante uma nulidade parcial (*utile per inutile non viciatur*) -, como já dito, trazem sistemática bastante diversa. No Código Civil, temos a figura da redução voluntária, que decorre da vontade hipotética, conjectural, construída, das partes. Já no Código de Defesa do Consumidor temos a figura da redução legal, o que importa dizer, em decorrência de expressa disposição legal, somente não aplicável diante do ônus excessivo que recair sobre qualquer das partes. (itálico do autor)

O que verificamos da análise dos textos legais, é que o legislador considerou que o contrato de consumo poderá ser revisto independente da existência da extraordinariedade e da imprevisibilidade, devido ao previsto no artigo 6º, inciso V, sendo necessária apenas a superveniência. Lucia Ancona Lopez de Magalhães Dias (2007a, p. 365) observa:

De pronto, verifica-se que a norma consumerista se apresenta com conteúdo mais abrangente do aquele propugnado pelo Código Civil brasileiro, pois exige apenas a verificação do desequilíbrio econômico do contrato em virtude da superveniente onerosidade excessiva, i.e., independentemente da imprevisibilidade do evento causador da alteração pelas partes contratantes.

A autora também menciona que a escolha legislativa do código de defesa do consumidor é mais próxima da teoria da base do negócio que da teoria da imprevisão.

Esta diferenciação leva em consideração a hipossuficiência do consumidor que, muitas vezes, desconhece todos os reflexos que a negociação poderá lhe acarretar, mas que são perfeitamente conhecidas pelo fornecedor. Desta forma, a imprevisibilidade acaba sendo irrelevante na relação de consumo, justamente em razão da ausência de conhecimento absoluto sobre as condições que são impostas ao consumidor em forma de contrato de adesão.

Nesta esteira, André Borges de Carvalho Barros (2007, p. 329) conclui:

[...] consoante o diploma constitucional, foi concebido o Código Civil de 2002, que, na mesma linha do Código de Defesa do Consumidor, eleva os princípios da boa-fé objetiva e da função social a bases primordiais do contrato.

Temos para nós que, num futuro próximo, a disseminação e a absorção desses princípios levarão os operadores do direito a considerar a onerosidade excessiva superveniente como elemento de afronta à justiça contratual, a permitir, independentemente de qualquer outro fundamento, a alteração ou resolução do contrato. Enterraremos, assim, a teoria da imprevisão.

Vemos, assim, que apesar do tratamento diferenciado proposto para cada regime contratual, há forte tendência a soluções equivalentes, em razão dos princípios primários da função social e boa-fé objetiva e o princípio secundário, mas não menos importante, da conservação dos contratos.

2.5 A SEGURANÇA DAS RELAÇÕES JURÍDICAS SEGUNDO O PRINCÍPIO DA CONSERVAÇÃO DOS CONTRATOS

Com o princípio da conservação dos contratos a máxima é de que sejam mantidos os negócios jurídicos sempre que possível. O princípio da intangibilidade do contrato ou *pacta sunt servanda* é de sustentação em qualquer sistema jurídico, pois a sociedade precisa sentir segurança de que as relações vividas entre particulares e as obrigações às quais estejam vinculados serão cumpridas na forma em que se propõe.

Para que o contrato seja válido é, ainda, necessário o cumprimento de requisitos de formação. Ou seja, se não observada a ordem jurídica, o contrato será inválido.

No Código Civil, vemos a possibilidade de conversão de um negócio jurídico que for nulo para outro que aproveite os elementos do primeiro, nos termos do artigo 170 ou, ainda, a redução do contrato, extirpando-se a parte inválida desde que seja possível a manutenção da obrigação principal, conforme determina o artigo 184.

Portanto, o legislador deixou orientação quanto à preservação dos contratos, com a possibilidade de revisão contratual, conforme podemos verificar no artigo 479 do Código Civil.

Como podemos observar na redação dos arts. 478 e 479, a sequencia de disposição denota que seria imediata a possibilidade de resolução contratual. Contudo, conforme informa Guilherme Carneiro Monteiro Nitschke (2012, p. 138-139), tal redação foi inspirada no Código Civil italiano, sendo que, desta forma,

[...] a primeira cogitação é de que, tal como naquele ordenamento, há de se privilegiar a resolução em prioridade à revisão contratual. Isso significa que o autor (que no plano material é a parte prejudicada pela excessiva onerosidade) não poderá pleitear em juízo a adaptação do contrato, e sim seu encerramento, só havendo azo para que o juiz o revise, de acordo com o art. 479, se o réu (o contratante não afetado pelo desequilíbrio superveniente) interessar-se por sua manutenção. O entendimento italiano original é de que 'o contratante cuja prestação se tornou excessivamente onerosa não pode impor que a outra parte aceite um adimplemento sob condições diversas'.

Contudo, como já observado, a revisão contratual é um instrumento de preservação dos contratos e esta deve ser buscada em razão da função social que o contrato realiza.

Considerando que já foram feitas as ponderações a respeito das possibilidades de revisão dos contratos no capítulo anterior, ressaltamos apenas o fato de que esta revisão deve ocorrer apenas em situações de extrema excepcionalidade.

A autonomia privada bem como o *pacta sunt servanda* devem ser privilegiados sempre que possível, de forma que manter ou não o contrato em caso de superveniência de fatores que torne a execução excessivamente onerosa não pode ser somente questão de proteção das partes, mas também e, especialmente, de respeito a todo o ordenamento jurídico que visa a sociedade como um todo.

Fato é que a lei dá proteção à parte que não consegue cumprir o contrato sem sacrificar demasiadamente suas próprias condições financeiras.

Como citado, este é um dos aspectos que a função social dos contratos possui, trazendo, também, a tendência de conservação contratual, de forma que a extinção passa a ser última alternativa a ser considerada (TARTUCE, 2012, p. 532).

A parte demandada em uma ação que tenha por objetivo a resolução do contrato terá sempre, portanto, a opção de manutenção contratual. É o que trata Luiz Guilherme Loureiro (2008, p. 290) nas linhas seguintes:

A parte contrária pode considerar que lhe é mais vantajoso manter o contrato, restabelecendo o seu equilíbrio econômico. É nesse sentido que o art. 479 faculta ao contratante a opção de evitar a resolução demandada judicialmente, oferecendo-se para modificar equitativamente as condições do contrato, restabelecendo o equilíbrio das prestações.

Esta é, inclusive, uma tendência cada vez maior na jurisprudência brasileira, a ponto do Superior Tribunal de Justiça ter editado ementa neste sentido, na Jornada I STJ 22: “A função social do contrato, prevista no CC 421, constitui cláusula geral que reforça o princípio da conservação do contrato, assegurando trocas úteis e justas”

Da mesma forma, se a questão for de interpretação de uma cláusula dúbia, entre sua nulidade e sua revisão, deve-se privilegiar a revisão com interpretação que lhe traga um objetivo útil, e ter-se-á, assim, respeitado o *princípio da conservação do contrato*, conforme ensina Orlando Gomes (2010, p. 360):

Segundo o princípio da conservação do contrato, quando uma cláusula contratual admite dois sentidos deve ser entendida, conforme já ensinara Pothier, naquele com o qual possa produzir qualquer efeito. Enuncia-se hoje como princípio que inspira a interpretação integrativa, não se restringindo à dúvida sobre cláusulas, mas a que paire sobre todo o contrato. Funda-se na razão principal de qual não se deve supor que as partes tenham celebrado um contrato inutilmente e sem seriedade. O contrato deve ser interpretado, como qualquer de suas cláusulas, no sentido de que possa ter qualquer efeito, devendo prevalecer a interpretação que lhe dê o significado mais útil.

Neste sentido, é correto dizer, que se o juiz entender que a proposta de manutenção do contrato é viável, a parte autora não poderá se desincumbir da prestação adaptada, sendo obrigada ao seu cumprimento, devido ao liame jurídico ao qual se submeteu na formação do contrato e em razão do princípio do *pacta sunt servanda* relativizado pelo princípio do *equilíbrio contratual*.

3 CONTRATOS DE ADESÃO

3.1 BREVES COMENTÁRIOS SOBRE SURGIMENTO E UTILIDADE

Em razão da evolução social e do nascimento da sociedade de consumo, com uma demanda cada vez maior para se agilizar operações entre contratantes, e colocar em circulação toda a produção industrial que acontece em larga escala, surgiu a necessidade de se utilizar contratos padronizados e, como consequência, surgiram os contratos de adesão.

O contrato de adesão é uma forma contratual que remonta ao Século XIX, mas com especial relevância nos dias atuais, conforme menciona Cláudia Lima Marques (2011, p. 71-72):

Certo é que os fenômenos da predisposição de cláusulas ou condições gerais dos contratos e do fechamento de contratos de adesão se tornaram inerentes à sociedade industrializada moderna - em especial, nos contratos de seguro e de transporte já se observa a utilização dessas técnicas de contratação desde o século XIX. Hoje, elas dominam quase todos os setores da vida privada, é a maneira normal de concluir contratos onde há superioridade econômica ou técnica entre os contratantes, seja nos contratos das empresas com seus clientes, seja com seus fornecedores, seja com seus assalariados.

É possível conjecturar a respeito de um negócio jurídico que é realizado mediante a adesão ser considerado ou não um contrato. Neste aspecto, Alberto Gosson Jorge Junior (2013, p. 23-29) comenta sobre o surgimento dos contratos de adesão e, também, sobre a discussão doutrinária sobre o tema:

Neste novo ambiente social surgiu o contrato de adesão trazendo em seu bojo cláusulas unilateralmente preestabelecidas por um dos contratantes que as impõe ao contratante-aderente, sem possibilidade de discussão substancial de seu conteúdo e algumas modalidades contratuais em que o papel da vontade negociada ficou tão reduzido, que alguns doutrinadores passaram a questionar se tais atos jurídicos poderiam ser rotulados propriamente de contratuais.

Obviamente, a modernização tem seu preço e a exigência de consumo rápido não se consolidou sem que houvesse certo prejuízo em relação a princípios como o da igualdade, liberdade contratual e consensualismo.

E neste aspecto, é importante destacar que, nos contratos de consumo, a liberdade contratual não é restrita somente para o consumidor aderente, mas

também para o fornecedor, já que este não poderá escolher com quem irá contratar, já que, uma vez feita a oferta, ele é obrigado ao seu cumprimento em número suficiente e a qualquer pessoa, indistintamente, conforme esclarece Rubens Hideo Arai (LOTUFO e NANNI, 2011, p. 451):

O ofertante não pode recusar a contratação com o oblato que preencha as condições exigidas na proposta. A adesão sempre está limitada à lotação, que não pode ser excedida, como ocorre em espetáculos, transportes aéreos etc. Em se tratando de monopólio do ofertante, este pode ser responsabilizado caso não tenha adotado as medidas necessárias a atender um aumento de demanda em razão de uma circunstância especial, como datas comemorativas, festas desportivas etc.

Contudo, antes de ser um vilão, o contrato de adesão é necessário, e não é possível mais se falar em sociedade de consumo com sistemas de circulação de produtos em massa sem a existência de uma padronização contratual.

Algumas constatações sobre a importância do contrato de adesão são trazidas pela doutrina, tal como a abordagem trazida por Luiz Guilherme Loureiro (2008, p.121):

O contrato de adesão possui a vantagem de se ajustar aos fins econômico-sociais atuais: elimina trâmites e etapas pré-contratuais, simplificando o processo de formação e conclusão de contratos singulares; favorecem a rapidez dos negócios; permitem uma contratação massiva em grande escala; permite que a empresa uniformize o conteúdo jurídico de suas relações contratuais; estabelece um universo igualitário para todos os contratantes; permite uma enumeração detalhada e minuciosa das prestações; etc.

Verificamos que mesmo nas relações que não são tipicamente de consumo, a implantação de contratos de adesão tem sido cada vez mais comum, inclusive em relação aos contratos empresariais, devido aos aspectos positivos de sua utilidade prática para circulação de bens.

O aspecto negativo do contrato de adesão, contudo, é o seu uso por empresa de maior poder de barganha, onde a parte mais fraca, podendo estar à mercê do empresário que possui monopólio ou mediante cláusulas que são utilizadas também pelos concorrentes de mercado de seu fornecedor, é obrigado a se submeter às condições que lhe são negativas (KESSLER, 1943, p. 632).

Venosa (2012, p. 382) menciona que uma vez dirigida a contratação em massa, é difícil se imaginar uma hipótese de contrato de adesão fora do âmbito do consumidor.

Contudo, basta se atentar para situações de controle de mercado, produtos que são produzidos apenas por raros fornecedores, seja de matéria-prima, ou de equipamentos de alta tecnologia, apenas para citar alguns exemplos onde há imposição de contratos de adesão.

A ausência de concorrência é um dos fatores que influencia os empresários a se utilizar de contratos de adesão, pois este é um meio de impor condições sem dar margem para largas discussões na fase de negociação.

Mais uma vez citando Venosa, ele conceitua o contrato-tipo e o difere do contrato de adesão (2012, p. 371) nos seguintes termos:

O contrato-tipo aproxima-se do contrato de adesão pela forma com que se apresenta. Distingue-se do contrato de adesão porque aqui, no contrato-tipo as cláusulas, ainda que predispostas, decorrem da vontade paritária de ambas as partes. Assim contratam, por exemplo, as empresas de determinado setor da indústria ou comércio com um grupo de fornecedores, podendo ou não ser representadas por associações respectivas. No contrato-tipo, o âmbito dos contratantes é identificável. No contrato de adesão, as cláusulas apresentam-se predispostas a um número indeterminado e desconhecido, a priori, de pessoas. Se a elaboração das cláusulas for unilateral, estaremos perante um contrato de adesão, e não um contrato-tipo. Isso é importante porque na interpretação haverá critério diverso. No contrato de adesão, na dúvida, interpreta-se em favor do aderente.

Muito comum tem sido o uso de contrato-tipo, também, entre particulares. O contrato-tipo é o modelo, pré-elaborado, com condições básicas para contratação, mas com espaço para que as partes possam negociar condições especiais. Também pode ser diferenciado em razão de sua limitação de abrangência para determinado grupo conectado em razão de um ramo de atividade ou de interesses específicos.

Com definição dada por Gustavo Neto de Carvalho Dias (2007, p. 231) podemos entender melhor a semelhança e a diferenciação entre o contrato-tipo e o contrato de adesão:

os contratos-tipo, também chamados de contratos de massa, em série ou por formulários, caracterizam-se pela predisposição de cláusulas-padrão e de uma estrutura definida. Assim também o são os contratos de adesão, entretanto, via de regra, o conteúdo destes é imposto por uma das partes em face de uma outra vulnerável,

enquanto que os contratos-tipo são marcados pela possibilidade de discussão das suas cláusulas e condições com as partes em situação razoavelmente isonômica.

Fica claro que o contrato-tipo revela maior liberdade dos contratantes e permite certas modificações. Porém, ainda assim, poderá haver uma imposição de obrigações desproporcionais pela parte mais forte, situação que mereceria o cuidado do legislador. Se o contrato não é de adesão, a comprovação de abuso se torna extremamente difícil para a parte mais frágil, prevalecendo o *pacta sunt servanda*.

Por outro lado, não é claro quando um contrato deixa de ser de adesão se o predisponente permite alteração em parte de seu conteúdo, ficando a classificação e, portanto, a incidência dos artigos 423 e 424 do Código Civil sujeitas a um olhar subjetivo.

Os contratos-formulários também podem ser citados como uma forma de adesão, porém, não há, necessariamente, o desequilíbrio entre os contratantes. Esta forma de contrato nasce da facilidade de acesso a um modelo a ser utilizado. É o caso, por exemplo, de formulários comprados em papelaria, como contratos de compra e venda, locação, ou apenas modelos pré-formatados com cláusulas específicas, mas que tenham sido redigidos por terceiros, como os encontrados facilmente na internet nos dias atuais.

Porém, é necessário observar que o contrato de adesão que o legislador objetivou limitar é aquele em que uma parte mais forte impõe condições que favorecem unicamente ele próprio em desfavor à parte mais fraca, tornando o contrato desequilibrado em suas condições.

É importante, portanto, entender sobre a formação dos contratos de adesão, pois a investigação para identificá-lo corretamente deverá recair, especialmente, sobre a forma em que ele foi concluído.

3.2 FORMAÇÃO

Como mencionado anteriormente, os contratos de adesão se diferenciam dos demais, especialmente, em razão de seu conteúdo ser elaborado pela vontade de apenas uma das partes, normalmente aquela economicamente mais forte, e o qual é apresentado de forma rígida para a outra parte contratante que fica em posição de desvantagem.

As condições que são colocadas pela parte predisponente são apresentadas para o aderente como uma imposição para que este o aceite, normalmente, por completo, sob pena de não se realizar o contrato.

Importante, é que não se deve confundir a liberdade contratual que acontece no sentido de aceitar ou não aceitar as condições do contrato e de contratar ou não com aquela pessoa específica, a qual, de qualquer forma, revela a manifestação da vontade mitigada em relação ao todo contratual e a liberdade de contratar, diferenciação já feita quando falamos sobre a liberdade contratual.

Fica claro, também, que não há a etapa de pré-negociação que acontece em contratos paritários, exceto se houver alguma flexibilização para se alterar alguma das cláusulas gerais, o que, contudo, não poderá desnaturar o contrato de adesão.

A parte que deseja obter o objeto ofertado é colocada em uma situação de “pegar ou largar”, que limita por completo sua liberdade contratual, conforme observa Arnaldo Rizzardo (2009, p. 99-100):

Não há a liberdade para discutir os termos do contrato. O interessado apenas aceita ou recusa o impresso estandardizado. Um dos contratantes, esclarece Arnaldo Wald, 'exerce um monopólio de fato ou de direito, em relação a serviços essenciais existentes na sociedade, estando o outro praticamente obrigado a contratar nas condições fixadas pela empresa dominante em determinada área de atividade'. Daí que a parte eminentemente fraca está condicionada a ligar-se à parte economicamente forte, por contingências próprias da estrutura social.

Ou seja, se há interesse em contratar, será nas condições preestabelecidas pelo ofertante, caso contrário, não se contrata. A restrição da liberdade contratual, portanto, está presente, especialmente, nas contratações realizadas em forma de adesão.

Luiz Guilherme Loureiro (2008, p. 61) comenta nas seguintes palavras, que esta limitação pode ocorrer também em razão da existência de monopólio:

Na verdade, o aderente não é totalmente livre para discutir e negociar as cláusulas contratuais, ele não contribui para a determinação do conteúdo do contrato, mas limita-se a aceitar ou recusar, em bloco, as cláusulas predispostas pela contraparte. Aliás, no mais das vezes, a parte tampouco é inteiramente livre para recusar o contrato, uma vez que a adesão ao contrato standard pode constituir o único meio de aquisição de bens e serviços essenciais e indispensáveis à vida de todos. Da mesma forma, pode ocorrer que o aderente não seja livre nem mesmo para escolher o parceiro com quem contratar, já que o produto ou o serviço pode ser oferecido ao público por uma empresa em posição de monopólio.

Normalmente, uma das partes elabora as *condições gerais do contrato de adesão*, que nada mais são do que as cláusulas do contrato de adesão e, em formulário próprio, que é o *termo de adesão*, o interessado em contratar fará o aceite, inserindo seus dados.

Esta situação é tutelada pelo ordenamento jurídico, conforme menciona Arnaldo Rizzardo (2009, p. 100):

A tutela jurídica, todavia, em face da tipicidade da figura é concentrada na pessoa do contraente economicamente mais forte, que se mune de uma sólida e indevassável estrutura contratual contra o aderente no caso de não cumprimento das obrigações. As mais amplas garantias vêm discriminadas no instrumento, visando, assim, criar uma ordem indestrutível e evitar a mais remota possibilidade de prejuízo.

Mesmo assim, a liberdade contratual é assegurada, o que mantém a igualdade jurídica das partes do contrato.

Portanto, apesar da limitação à liberdade que é evidente neste tipo de contrato, na medida em que somente a declaração de *sim* ou *não* é colocada à disposição do contratante, ferramentas jurídicas são colocadas a disposição do aderente para que o equilíbrio contratual seja mantido e sejam evitadas cláusulas abusivas.

3.2.1 Cláusulas gerais contratuais

Na formação dos contratos de adesão, a fase de pré-negociação é retirada, dando lugar a uma fase de elaboração das cláusulas gerais que são redigidas de forma unilateral.

Lucia Ancona Lopes de Magalhães Dias (2007b, p. 176) faz distinção entre condições gerais e contrato de adesão:

As condições gerais, também chamadas de cláusulas gerais contratuais, muito se assemelham aos contratos de adesão, haja vista a natureza de predisposição unilateral das cláusulas por uma das partes contratantes e a sua aplicação indistinta a número indeterminado de pessoas. Trata-se de método de contratação largamente utilizado e que se verifica quando as cláusulas gerais, ao invés de serem inseridas propriamente em um instrumento contratual, encontram-se colocadas em anúncios, avisos, folhetos ou mesmo no próprio verso do contrato, etc., para regulamentar um número distinto de relações contratuais.

Mais a frente, porém, a autora menciona que a doutrina não costuma diferenciar as condições gerais de contrato de adesão, sendo aquela apenas parte da formação do todo, contrato de adesão.

A distinção ocorre apenas pelo momento cronológico de realização, assim, num primeiro momento, a predisposição das cláusulas gerais, e num segundo momento, a declaração de aceite destas condições, ou seja, a adesão.

Os ensinamentos de Orlando Gomes (2001, p. 114-118) são exatamente neste sentido, quando ele fala que o “momento de formação dos contratos de adesão é importante porque concretiza uma relação potencial”, e, ainda, que as “cláusulas gerais são juridicamente irrelevantes antes de se inserirem no contexto de um contrato individual.” Ou seja, a relevância jurídica se mostra apenas com a manifestação da vontade do aderente em se submeter àquelas condições gerais.

Na mesma linha de raciocínio, Silvio Luís Ferreira da Rocha (2011, p. 353) menciona que:

O contrato denominado de massa apresenta dois aspectos lógicos e cronologicamente diversos. No primeiro, o predisponente elabora o esquema contratual abstrato, redige as cláusulas do conteúdo das relações contratuais que pretende concluir uniformemente com pessoas indeterminadas. São as chamadas condições gerais dos contratos. No segundo, a outra parte adere a esse esquema e origina o chamado contrato de adesão. (sublinhado do autor)

Desta forma, as cláusulas gerais têm forma de *contrato potencial* e o contrato somente se formará com o consentimento da parte aderente quanto ao seu conteúdo. Sem a adesão o contrato não se conclui.

3.2.2 Cláusulas abusivas

Em razão do momento unilateral de formação das cláusulas gerais, um campo enorme para a imposição de cláusulas abusivas fica aberta ao predisponente.

Ainda que limitado pelos princípios de probidade e de boa-fé (art. 422 do Código Civil), a realidade é que a ocorrência de processos judiciais para discussão da legalidade das cláusulas só aumenta.

Cláusulas abusivas são praticamente sinônimo de contrato de adesão, pois apesar de não se poder afirmar que todo o contrato de adesão possui cláusulas

abusivas, é certo que toda cláusula abusiva tem o seu lugar em um contrato de adesão.

Considerando, pois, que a manifestação da vontade é limitada nos contratos de adesão, a posição de desvantagem na qual são colocados os consumidores leva o judiciário à relativizar a validade de sua aceitação, situação que tem sido observada, inclusive, nas *courts* dos países de *common law* onde o princípio da obrigatoriedade do contrato é muito mais forte (KESSLER, 1943, p. 636).

Ocorre que, mesmo nos contratos de consumo, em tais países é do consumidor o ônus da prova quanto a realização de um contrato de adesão e, ainda, que não teve meios de negociação sobre os termos deste contrato. É o que nos mostra Sierra David Sterkin (2004, p. 310):

Não é meramente suficiente demonstrar que um contrato é apresentado em formato padronizado. Para um contrato ser declarado adesivo, uma parte deve demonstrar que não havia capacidade real de negociar e que a parte predisponente impôs seus termos predeterminados sobre o aderente. Onde uma parte está em posição de negociar, ou possa facilmente buscar o produto ou serviço em qualquer outro lugar, ou não contratar de forma alguma, é improvável que uma corte achará ser um contrato adesivo. (tradução livre nossa)

Sendo assim, podemos concluir que a existência de cláusulas abusivas é mais comum nos contratos de adesão, especialmente nos contratos de consumo, contudo, a manifestação da vontade não encerra a questão, tendo em vista a possibilidade de revisão contratual, o que é privilegiado pelo Código de Defesa do Consumidor, e também a própria resolução do contrato, hipótese prevista no Código Civil.

3.3 CONTRATOS DE ADESÃO FORA DAS RELAÇÕES CONSUMEIRISTAS

Considerando que o contrato de adesão não é um tipo contratual, mas apenas um modo específico de se contratar, qualquer espécie contratual poderá ser feita por adesão.

Neste sentido, não apenas os contratos típicos elencados no Código Civil poderão ser objeto da predisposição de cláusulas gerais, mas também os contratos empresariais, típicos ou atípicos. E os dispositivos quanto à interpretação do

contrato de adesão decorrem da necessidade da proteção à parte aderente, certamente a mais frágil na relação.

Portanto, para se distinguir se um contrato é ou não de adesão, é necessário verificar o limite de negociação que as partes tiveram na fase pré-contratual e o conteúdo alterado. Assim, poderá ser de adesão, contrato de prestação de serviços, frete, compra e venda, franquia, locação etc. (LOUREIRO, 2008, p. 132-137):

3.3.1 Contratos de adesão empresariais

Os contratos empresariais são regidos pelo Código Civil e por leis especiais esparsas. São contratos paritários, em regra, firmados entre dois empresários.

Na atualidade, muitos contratos empresariais são tipicamente de adesão, seja devido ao grau de complexidade da negociação – como no caso de contratos de *shopping centers* e contratos de franquia, ou devido à sua especialidade, por exemplo, contrato de *leasing*.

Explicando sobre a importância dos *standardized mass contract*, Friederich Kessler (1943, p. 631) acentua que uma vez descoberta a utilidade e com o aperfeiçoamento da padronização contratual, os uso desta forma de contratar se espalhou para outros campos do empresariado de larga escala, desde internacional como também para o mercado interno, inclusive nas relações de trabalho.

Além desta utilidade prática, padronizar contratos envolve avaliações empresariais, servindo como instrumento para o cálculo de riscos empresariais, por meio de controle de “fatores irracionais” em discussões judiciais, que podem ser excluídos ou controlados (KESSLER, 1943, p. 631-632).

O que é importante destacar é que, não importa o tipo contratual entabulado, sempre que o empresário de menor poder econômico estiver diante de um contrato de adesão, deverão ser observados os dispositivos do art. 423, que coloca a seu favor condições de duplo sentido ou contraditórias e art. 424, ambos do Código Civil, o qual considera nulas cláusulas que estipulem renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio.

É necessário destacar, ainda, que há proteção ao aderente especialmente em razão dos princípios contratuais elementares da função social do contrato, da boa-fé objetiva e da igualdade, os quais impedem a estipulação de condições desproporcionais.

3.3.2 Contratos civis em geral.

Muitos contratos civis passaram a ser formalizados em forma de adesão, dos quais vemos como mais comuns o contrato de compra e venda, o mútuo, o depósito, a locação de bens móveis, inúmeras espécies de prestação de serviços entre outros.

Na legislação esparsa também podemos citar, entre muitos, os contratos de representação comercial, contratos de transporte e os de locação, os quais são, frequentemente, de adesão.

Se nos atermos um pouco mais sobre o contrato de locação, podemos verificar que este é um tipo de contrato suscetível a ter condições impostas pelo predisponente, especialmente quando o contrato é formulado pelas administradoras de imóveis que atuam pelos locadores, por meio de mandato.

O contrato de locação é um contrato típico previsto na lei especial (Lei 8.245 de 18.10.1991).

A doutrina diverge quanto à incidência das normas do Código de Defesa do Consumidor nas relações locatícias, sendo certo que apenas no caso concreto poderá se determinar se trata-se ou não de uma relação de consumo (MARQUES, 2011, p. 452-460).

Com a intervenção de administradoras de imóveis na relações locatícias, a utilização do contrato de adesão nas locações tem se tornado cada vez mais comum (LOMEU, 2009, p. 68).

Contudo, é pacífico que qualquer abuso contratual em razão de desequilíbrio entre as partes deverá ser coibido e a lei civil, aplicada subsidiariamente às relações locatícias, determina a nulidade de cláusulas em que há renúncia antecipada do aderente ao direito resultante da natureza do negócio.

A relação existente entre o locador e o fiador é um dos principais temas que provoca a utilização de cláusula abusiva, gerando inúmeras discussões judiciais, por exemplo, em relação à manutenção das obrigações do fiador na prorrogação de vigência do contrato de locação. Por esta razão houve edição da Súmula 214 do STJ e, posteriormente, a Lei nº 12.112 de 09.12.2009 foi promulgada passando a regulamentar especialmente as questões relativas a garantias.

Na prática verificamos, também, que nos contratos de locação há frequente renúncia antecipada do locatário quanto à indenização por benfeitorias necessárias,

ao direito de preferência que lhe cabe para aquisição do imóvel, e para o fiador, quanto à renúncia ao benefício de ordem inserto no artigo 828 do Código Civil.

Importante reforçar a lição de Kessler (1943, p. 632) retro citada, de que o aderente pode estar em situação de não recusar a oferta onde constem tais abusos, sendo inclusive possível que o aderente não esteja encontrando entre as ofertas disponíveis no mercado condições diferentes e mais vantajosas, pois as práticas abusivas passaram a se uniformizar entre os ofertantes.

A jurisprudência tem se posicionado no sentido de que tais renúncias, se não houver sido dada a oportunidade ao locatário de se manifestar e discutir o conteúdo de tais cláusulas, o dispositivo contratual que tenha sido unilateralmente imposto pelo locador deverá ser considerado nulo.

Neste caso, na ocorrência de situações em que é necessário demonstrar oposição a estes dispositivos abusivos, a parte vulnerável deve notificar o locador, ainda que esteja agindo de forma contraditória ao contratado, a fim de que tenha resguardado seu direito em eventual demanda judicial.

Ou seja, se um fiador durante a vigência do contrato de locação vier a se desentender com seu afiançado e desejar sua desoneração, só poderá se valer da alegação de que se opôs a renúncia à exoneração caso venha notificar o locador, em algum momento durante a vigência do contrato, quanto ao seu interesse em exonerar-se do encargo.

3.4 REVISÃO DOS CONTRATOS DE ADESÃO DISCIPLINADOS PELO CÓDIGO CIVIL

Os contratos formados em uma relação jurídica civil poderão ser, também, objeto de revisão.

A revisão judicial, conforme já comentado acima, possui diferente tratamento quando considerada para os contratos de consumo e quando relativa a contratos sob a égide do Código Civil, já que nos contratos civis não existe a presunção de desequilíbrio, tal como ocorre nas relações consumeristas.

Isto não significa impossibilidade de existir de fato tal desequilíbrio, mas que se este existir, será necessário que a parte prejudicada demonstre a ocorrência de abusividade ou o prejuízo sofrido ou, ainda, que poderá vir a sofrer caso perdue o desequilíbrio (THEODORO JUNIOR, 2008, p. 89-92).

Confirmando a ideia exposta de que nem todo contrato de adesão deve ser considerado abusivo, Luiz Guilherme Loureiro (2008, p. 137) menciona:

O simples fato de se tratar de contrato de adesão não permite a presunção de que contém ele cláusulas abusivas. Conforme foi visto, na moderna sociedade de consumo o contrato de adesão é um instrumento necessário para a celeridade e economia nas relações de negócio. Ainda que seu conteúdo tenha sido preestabelecido por uma das partes, devendo a outra aceitar ou não aquele conteúdo, sem qualquer possibilidade de discussão, não se pode afirmar que seja ele nulo ou que contenha cláusulas iníquas.

O conceito de abusividade de cláusulas contratuais é melhor explorada nos estudos das relações de consumo, sendo apresentado pelo Código de Defesa do Consumidor, inclusive, um rol no art. 51 de cláusulas que devem ser consideradas nulas, além da indubitável existência de condições protetivas contra as práticas abusivas nos contratos de consumo.

Porém, as relações contratuais civis não estão descobertas, sendo igualmente inaceitável a imposição de cláusulas contratuais que tenham conteúdo desfavorável a uma das partes sem a necessária contrapartida.

Por serem inaceitáveis as cláusulas abusivas, há instrumentos legais que possibilitam que tais cláusulas sejam extirpadas do contrato, seja com base no Código Civil ou com base no Código de Defesa do Consumidor.

Lucia Ancona Lopez de Magalhães Dias (2007b, p. 190-191) mostra que existe a possibilidade de aplicação do código consumerista também nas relações civis, mediante a presença de *vulnerabilidade* de uma das partes:

No que tange às relações civis e comerciais, o Código de Defesa do Consumidor também possibilita a extensão da proteção contra cláusulas abusivas para tais relações, através da figura do consumidor por equiparação prevista no art. 29 do CDC. Segundo este dispositivo, equiparam-se a consumidor todas as pessoas determináveis ou não expostas às práticas previstas nos capítulos V e VI do Código. O capítulo VI versa exatamente sobre a proteção contratual contra as cláusulas abusivas.

É necessário, portanto, para que seja possível a incidência das regras voltadas aos consumidores sobre as relações civis, a existência da situação de vulnerabilidade de uma das partes, conforme previsto no art. 29 do CDC, a qual poderá ser fático *econômica*, *jurídica* ou *técnica*.

A mesma hipótese é também abordada por Fábio Ulhoa Coelho (2012b, p. 199), o qual defende que na ausência de um regime jurídico para disciplinar a relação entre empresários desiguais, a relação entre eles é melhor tratada pelo

Código de Defesa do Consumidor do que pelo Código Civil e legislação comercial complementar.

Além do mais, lembra que o próprio CDC dá tratamento de consumidor ao empresário quando este for destinatário final dos produtos e serviços colocados à disposição no mercado de consumo, devido ao artigo 2º do CDC (COELHO, 2012b, p.199-205).

Contudo, não completamente em sentido contrário, mas demonstrando a desnecessidade de aplicação da lei especial, Cláudia Lima Marques (2011, p. 934) defende que a proteção contra cláusulas abusivas está presente no Código Civil, o que ocorre

com base nos princípios da função social do contrato (art. 421), da boa-fé e da probidade (art. 422), limites à liberdade contratual em geral e controle de conteúdo dos contratos e das práticas contratuais civis e comerciais, assim como um controle especial das cláusulas abusivas presentes nos contratos de adesão civis e comerciais (art. 424).

Desta forma, com base nestes princípios seria possível a invalidade de cláusulas abusivas, mesmo sem suscitar o Código de Defesa do Consumidor, levando-se em conta o sistema principiológico da atual legislação civil.

Contudo, a parte vulnerável deve comprovar a situação de vulnerabilidade e também a situação de desequilíbrio contratual para que possa fazer jus ao benefício da revisão judicial.

Na lição de Humberto Theodoro Junior (2008, p. 89), verificamos que:

A situação dos contratos civis não se apresenta com nenhum vestígio apriorístico de desequilíbrio implícito entre os contratantes. Pode ocorrer tal desequilíbrio e pode ser que a parte mais forte tenha se prevalecido da debilidade da outra para lhe impor condições usurárias ou imorais. Mas, como não incide presunção alguma em tal sentido, a invalidação do negócio não ocorrerá simplesmente em face da desproporção entre as prestações contrapostas. Ter-se-á sempre de apurar, in concreto, um abuso cometido na pactuação e, assim, haverá de ser em função do prejuízo antiético imposto por um contratante ao outro que se configurará a ilicitude do negócio.

Assim, a demonstração fática do desrespeito aos princípios contratuais e ou à lei são essenciais na revisão dos contratos civis.

O Código Civil supostamente limitou a possibilidade de ser considerada nula apenas cláusula que seja de renúncia antecipada a direito resultante da natureza do negócio, exatamente como menciona o art. 424.

Porém, a intervenção judicial poderá, também, por exemplo, ocorrer em caso de contrariedade à lei, como no caso do julgado cuja ementa segue:

AGRAVO REGIMENTAL. CONTRATO DE ADESÃO. SÚMULA 7. CONTRATO DE REPRESENTAÇÃO COMERCIAL. FORO DO DOMICÍLIO DO REPRESENTANTE.

- O foro de eleição previsto em contrato de adesão não vale, em contrato de representação comercial. Há disposição legal expressa fixando a competência do foro do domicílio do representante (L. 4886, Art. 39). (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 532.545 - RS (2003/0034976-2). Brasília, 29 de novembro de 2006.)

A cláusula abusiva também pode ter por base, por exemplo, um ato ilícito, tal qual definido no art. 187, de acordo com o ensinamento de Luiz Guilherme Loureiro (2008, p. 121-122):

[...], ainda que o Código Civil estipule de maneira expressa que apenas se considera nula a cláusula que estipule a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio; esta não é a única hipótese em que o juiz pode interferir no contrato para reconhecer a nulidade de cláusula abusiva. Pode e deve fazê-lo toda vez que observar que o predisponente abusa do seu direito de redigir as cláusulas e condições gerais do contrato, excedendo de forma manifesta os limites impostos pelo fim econômico ou social do contrato, pela boa-fé e pelos usos e costumes relativos àquele negócio em concreto. Em outras palavras, o abuso na liberdade de estipulação do contrato pode ser evitado com a aplicação do instituto do abuso do direito, expressamente consagrado no novo Código Civil em seu art. 187.

Esta possibilidade de revisão decorre, especialmente, da existência de cláusulas como aquelas contidas em “condições gerais do contrato que atribuem vantagens excessivas ao predisponente e uma onerosidade ao aderente, causando em consequência um desequilíbrio contratual entre as partes”, podendo inclusive, tais cláusulas serem, de ofício, reconhecidas como tal e consideradas nulas de pleno direito (LOUREIRO, 2008, p. 137).

Neste sentido, também vemos a orientação jurisprudencial, contida no Acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, onde se destaca a necessidade de existir vulnerabilidade de uma das partes e o evidente prejuízo que a manutenção da cláusula pode gerar:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. CONTRATO FIRMADO ENTRE PESSOAS JURÍDICAS. CLÁUSULA DE ELEIÇÃO DE FORO. CLÁUSULA POTESTATIVA. INVALIDADE. EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA.

Defende a agravante a invalidade da cláusula de eleição de foro pelo fato de se tratar de contrato de adesão. Consoante entendimento pacífico do Eg. Superior Tribunal de Justiça, “não se acolhe a alegação de abusividade da cláusula de eleição de foro ao só argumento de tratar-se de contrato de adesão. A cláusula que estipula eleição de foro em contrato de adesão é, em princípio, válida, desde que sejam verificadas a necessária liberdade para contratar (ausência de hipossuficiência) e a não inviabilização de acesso ao Poder Judiciário”.

As cláusulas do contrato entabulado entre as partes foram impostas unilateralmente pela contratante – empresa de porte substancialmente superior ao da agravante, com atuação mais abrangente no território nacional.

Com a transferência da demanda para a Comarca de Curitiba, a agravante teria seu acesso ao Judiciário onerado demasiadamente, na medida em que teria sua defesa dificultada, tendo que arcar com custos de deslocamento e acompanhamento do processo em outro local, que não a sua sede.

A cláusula décima quinta, que prevê foro de eleição, revela-se abusiva, porquanto potestativa. A lei (art. 122 do CCB) veda a condição puramente potestativa, que é aquela cuja realização vincula-se, tão só e diretamente, ao querer do declarante.

Nessa hipótese, em que da observância da cláusula de eleição de foro resulta prejuízo à defesa dos interesses da parte, é de rigor o reconhecimento da nulidade da cláusula de eleição de foro.

Precedentes desta Corte. AGRAVO PROVIDO. (Rio Grande do Sul. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 70049622970. Agravante: Dipa Comercial Ltda. Agravado: Tim Celular S.A. Relator: Des. Leonel Pires Ohlweiler. Rio Grande do Sul, 26 de setembro de 2012.)

No caso acima exposto, a manutenção da cláusula de foro de eleição era de evidente desequilíbrio, tendo em vista a localização do aderente e a do predisponente. A exceção de incompetência não pode ser sustentada devido à onerosidade que a cláusula causaria à parte mais vulnerável que teria sua possibilidade de ir a juízo limitada.

Devemos lembrar, assim, sobre o disposto no parágrafo único do art. 2.035 do código civil, o qual dispõe que “nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos”.

A interpretação sobre *preceitos de ordem pública* não deve ser limitada àqueles preceitos estabelecidos no próprio código, podendo, inclusive valer-se das disposições e princípios trazidos e consolidados pelo Código de Defesa do

Consumidor, conforme já abordado neste trabalho, o que também é defendido por Cláudia Lima Marques (2011, p. 449):

Devemos concluir, portanto, que, ao regular tanto os contratos paritários quanto os contratos de massa, os contratos de prestação de serviços e os contratos de fornecimento de produtos, está o Código de Defesa do Consumidor determinando a aplicação de suas normas de interpretação e de proibição de abusos à grande maioria dos contratos civis hoje existentes na sociedade, invadindo searas tradicionalmente dominadas pelas normas do Código Civil e, conforme se interprete a figura do consumidor, também matérias regidas pelo Código Civil e por leis comerciais.

É necessário, assim, para que se tenha argumentos para defesa da possibilidade de revisão de contratos civis, ou mesmo comerciais, que todos os princípios aqui abordados sejam bem compreendidos em sua amplitude de aplicação, demonstrando judicialmente, quando no caso concreto, a aplicação de cada um deles à situação fática para que, com sucesso, a parte interessada possa ver revisto o contrato ao qual tenha se submetido para reestabelecimento do equilíbrio contratual.

4 CONCLUSÃO

No início do trabalho verificamos que o contrato é um negócio jurídico realizado entre duas ou mais pessoas que manifestam sua vontade para, desde que cumpridos os requisitos de validade, gerar direitos e obrigações recíprocas.

O contrato possui função social relevante, ainda que criado entre, e para interesses de particulares.

E é devido a esta relevância social que as partes devem observar e se pautar por princípios estabelecidos no ordenamento jurídico e consagrados na legislação pátria.

Vimos, assim, que os princípios da autonomia da vontade e da autonomia privada concedem aos particulares, com o aval do Estado, liberdade para contratar. Esta liberdade é também limitada por princípios contratuais importantes e o próprio Estado, por meio do dirigismo contratual, impõe aos contratantes o respeito a normas cogentes e cláusulas gerais contratuais, que são condições que devem ser respeitadas sob pena de não serem atingidos os objetivos particulares.

Um destes princípios é o da função social dos contratos que, como já mencionado, se traduz pela importância que os reflexos contratuais exercem na sociedade como um todo. Com esta visão, o acordo de vontades não poderá, obviamente, limitar direitos alheios ou causar prejuízos a terceiros.

Entre as partes, a função social deve, também, ser observada para manutenção da igualdade de tratamento que deve existir desde o surgimento do contrato até a sua conclusão.

A boa-fé é de rigor entre os contratantes, e vimos que pode ser classificada pelo aspecto subjetivo, que olha o psicológico, a intenção e a clara consciência das partes sobre o que está se contratando; e no aspecto objetivo, a boa-fé cuida da lealdade das partes, uma perante a outra, o agir honestamente no cumprimento de suas obrigações. Esta análise subjetiva será determinante para a interpretação das condições e obrigações estabelecidas. Já pelo lado objetivo, intenciona-se que o contrato esteja atingindo o comportamento e resultado esperado por ambas as partes.

O dever de cumprimento das obrigações assumidas tem base no princípio da força obrigatória dos contratos, que é pautado pela legislação civil.

Sob a égide deste princípio, um contrato validamente firmado somente poderá ser alterado se um novo acordo for mantido entre as partes. A lei também possibilita a desvinculação na ocorrência de casos fortuitos e força maior. Porém, em tese, não poderia ocorrer a desoneração de qualquer das partes se não nestas hipóteses.

Ocorre que outro princípio deve estar sempre balizando a relação entre particulares, ou seja, o princípio do equilíbrio econômico deve ser observado desde o nascimento do contrato. Nenhum contrato poderá subsistir se surgido em um contexto onde existiu lesão subjetiva ou estado de perigo.

Vimos, ainda, que o abuso de direito é também rejeitado com base no princípio do equilíbrio econômico, devendo todas as condições ter contrapartidas justas e equivalentes.

Ocorre que este equilíbrio deve permanecer durante todo o período de execução do contrato, o que nem sempre acontece. Eventualmente, situações alheias à vontade e controle das partes ocorrem fazendo com que ocorra uma desproporção entre as partes.

Então, vemos que as partes poderão se valer da possibilidade de revisão judicial dos contratos ou até mesmo sua resolução.

Verificamos que esta revisão poderá ocorrer em razão de fatos imprevisíveis que levem uma das partes à onerosidade excessiva, alterando por vezes a base do negócio e tornando o contrato inexecutável ou executável com reflexos excessivamente prejudiciais. Nesta esteira, vemos que a conservação dos contratos é privilegiada, seja em relações civis ou consumeristas, apesar do embasamento legal para um e outro regime possuir diferenciação. Esta preferência pela revisão ocorre ante a necessidade de conservação dos negócios jurídicos que reflete também na segurança jurídica e na função social que os contratos exercem.

Toda esta abordagem serviu de pano de fundo para, mediante a constatação da existência dos contratos de adesão, compreendermos quais são os aspectos positivos e negativos desta forma de contratação. Sabemos da necessidade de se padronizar os contratos e verificamos que, mediante esta necessidade, os contratos de adesão se formam pela simples aceitação da parte aderente a condições predispostas pelo proponente por meio de cláusulas gerais contratuais ou condições gerais.

Porém, vimos, também, que tal forma leva ao surgimento de cláusulas abusivas, o que ocorre tanto nas relações de consumo quanto nas relações civis onde exista uma parte de maior poder e outra vulnerável.

A existência de cláusulas abusivas é, também, uma das razões que justificam a possibilidade de revisão judicial dos contratos, ainda que não seja uma relação entre fornecedor e consumidor.

É certo que o Código de Defesa do Consumidor facilita a revisão dos contratos para a parte vulnerável, contudo, nossa conclusão foi a de que, com base nos princípios abordados, qualquer particular, ainda que mediante um contrato de relação civil ou comercial, terá direito à revisão do contrato para que este atinja a finalidade a que se propôs em sua formação, trazendo o reequilíbrio entre as partes e levando ao total cumprimento de sua função social.

BIBLIOGRAFIA

ANDREWS, Neil. **Direito contratual na Inglaterra**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. Extinção dos contratos por onerosidade excessiva e inaplicabilidade da Teoria da Imprevisão. **Revista do Advogado**. São Paulo, ano XXXII, n. 115, p. 16-21, julho-2012.

_____. **Teoria Geral das Obrigações**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. **Teoria geral dos contratos típicos e atípicos: curso de direito civil**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 532.545 - RS (2003/0034976-2). Agravante: Enthone Omi Do Brasil Ltda. Agravada: Galva Representações Ltda. Relator: Ministro Humberto Gomes De Barros. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp>>. Acesso em 19 jun. 2013

BARROS, André Borges de Carvalho. A onerosidade excessiva como fundamento da revisão ou da resolução do contrato no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor. In: In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Morais. TARTUCE, Flávio (Coords.). **Direito Contratual: temas atuais**. São Paulo: Método, 2007. cap. 12.

BRITO, Rodrigo Toscano de. Equivalência material: o equilíbrio do contrato como um dos princípios sociais. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Morais. TARTUCE, Flávio (Coords.). **Direito Contratual: temas atuais**. São Paulo: Método, 2007. cap. 7.

BUSSATTA, Eduardo Luiz. Princípio da conservação dos contratos. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Morais. TARTUCE, Flávio (Coords.). **Direito Contratual: temas atuais**. São Paulo: Método, 2007. cap. 6.

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

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil, 3: contratos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Curso de direito comercial, volume 3: direito de empresa**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CORDEIRO, Antonio de Menezes. **Da boa-fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2011.

DIAS, Gustavo Neto de Carvalho. Jurisprudência Comentada: O contrato-tipo e a aplicação do CDC aos contratos empresariais. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. São Paulo, n. 148, p. 223-232, out. 2007.

DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. Onerosidade excessiva e revisão contratual no direito privado brasileiro. In: FERNANDES, Wanderley (Coord.). **Contratos empresariais: Fundamentos e princípios dos contratos empresariais**. São Paulo: Saraiva, 2007. cap. 6.

_____. Um estudo das cláusulas abusivas no CDC e no CC de 2002. **Revista de Direito Privado**. São Paulo, v. 8, n. 32, p. 171-200, out.-dez./2007.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro, v. 3: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Tratado Teórico e Prático dos Contratos, volume 1**. 5. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil, volume IV: contratos, tomo 1: teoria geral**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 23. ed. atual. por Humberto Theodoro Junior. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. **Introdução ao Direito Civil**. 20. ed. rev., atual. e aum., de acordo com o Código Civil de 2002. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, v. 3: contratos e atos unilaterais**. São Paulo: Saraiva, 2011.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Morais. TARTUCE, Flávio (Coords.). **Direito Contratual: temas atuais**. São Paulo: Método, 2007.

JORGE JUNIOR, Alberto Gosson. **Direito dos contratos**. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. Requisitos do Contrato. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovannii Ettore (Coord.). **Teoria geral dos contratos**. São Paulo: Atlas, 2011, cap. 6.

KESSLER, Friedrich. Contracts of adhesion - Some thoughts about freedom of contract. **Columbia Law Review**. v. XLIII, n. 4. maio, 1943. p. 640. Faculty Scholarship Series. Paper 2731. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2731>. Acesso em: 5 mai. 2013.

LOMEU, Leandro Soares. Locação: A Nova Roupagem da Autonomia Privada e a Relação de Fiança Locatícia: uma análise doutrinária e jurisprudencial a partir dos novos princípios contratuais. **Revista Magister de direito civil e processo civil**. Porto Alegre, n. 30, p. 56-73, mai.-jun./2009.

LOPEZ, Teresa Ancona. Fundamentos e princípios dos contratos empresarias. In: In: FERNANDES, Wanderley (Coord.). **Contratos empresariais: Fundamentos e princípios dos contratos empresariais**. São Paulo: Saraiva, 2007. **cap. 6.**

LOTUFO, Renan; NANNI, Giovannii Ettore (Coord.). **Teoria geral dos contratos**. São Paulo: Atlas, 2011.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Contratos: Teoria geral e contratos em espécie**, 3. ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Editora Método, 2008.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil, 5: direito das obrigações**, 2ª parte. 39. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil, v. 3: Contratos**. 5. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2010.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil comentado e legislação extravagante**. 12. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

NERY, Rosa Maria de Andrade. **Noções Preliminares de Direito Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro. Revisão, resolução, reindexação, renegociação: o juiz e o desequilíbrio superveniente de contratos de duração. **Revista trimestral de direito civil**. Rio de Janeiro, v. 50, p. 135-159, abr.-jun. 2012.

PEREIRA, Caio Mário da Silva: **Instituições de direito civil, v. 3: Contratos**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

PERLINGIERI, Pietro. Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro: Padma, v. 3, n. 12, p. 131-151, out.-dez. 2002.

Rio Grande do Sul. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 70049622970. Agravante: Dipa Comercial Ltda. Agravado: Tim Celular S.A. Relator: Des. Leonel Pires Ohlweiler. Rio Grande do Sul 26 de setembro de 2012. Disponível em: <<http://www1.tjrs.jus.br/busca>>. Acesso em 19 jun. 2013.

ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. Contratos de adesão e cláusulas abusivas. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovannii Ettore (Coord.). **Teoria geral dos contratos**. São Paulo: Atlas, 2011, cap. 12.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil, v. 1: parte geral**. 34. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

SANTOS, Eduardo Sens dos. O Novo Código Civil e as Cláusulas Gerais: Exame da Função Social do Contrato. **Revista de Direito Privado**. São Paulo, n. 10, p. 9-37, abr./jun. 2002.

STERKIN, Sierra David. Challenging Adhesion Contracts in California: A Consumer's Guide, 34, **Golden Gate U. L. Rev.** 2004. Disponível em: <<http://digitalcommons.law.ggu.edu/ggulrev/vol34/iss2/3>>. Acesso em: 23 mai. 2013.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**: volume único. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O contrato social e sua função**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

WEINGARTEN, Célia. La equidad como principio de seguridad económica para los contratantes. **Revista do Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 39, p.33, jul.- set. 2001.