

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 03/11/2011

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/32518-a-liberdade-de-contratar-e-a-justi-a-contratual-nos-contratos-de-ades-o>

Autore: Daniela Lehmann Duarte

A liberdade de contratar e a justiça contratual nos contratos de adesão

A LIBERDADE DE CONTRATAR E A JUSTIÇA CONTRATUAL NOS CONTRATOS DE ADESÃO

*Daniela Lehmann Duarte**

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO; 2. CONTRATO: CONCEITO E PRINCÍPIOS 2.1 A LIBERDADE DE CONTRATAR E A EXTENSÃO DO ART. 421 CC; 3. REVISÃO E RESOLUÇÃO DOS CONTRATOS, NO CÓDIGO CIVIL E NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR; 3.1 CONTRATOS DE ADESÃO, CLÁUSULAS ABUSIVAS E JUSTIÇA CONTRATUAL. 4. CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS.

RESUMO: Os contratos são instrumentos fundamentais para a vida em sociedade. A autonomia privada, exercida por meio da liberdade de contratar, pode ser considerada o princípio fundamental da teoria contratual. Com o passar dos tempos, a forma de contratar foi alterada substancialmente. Presencia-se, na contemporaneidade, o crescimento dos contratos de adesão. Essa forma de contratar restringe francamente a manifestação de vontade livre das pessoas e o equilíbrio no estabelecimento das cláusulas contratuais. Com isso, verifica-se a importância do Código de Defesa do Consumidor, no sentido de proteger a parte mais vulnerável da relação. As cláusulas abusivas dispostas, expressamente, no referido diploma legal, devem ser revistas, para que os contratos não gerem onerosidade excessiva para o aderente. Para que o contrato exerça sua função social, os demais princípios da boa-fé, justiça contratual e autonomia da vontade devem ser respeitados. O presente artigo pretende demonstrar que o Código de Defesa do Consumidor representa um avanço na legislação brasileira, no sentido de proporcionar defesa real dos interesses dos consumidores.

PALAVRAS-CHAVE: Contratos de adesão; Liberdade de Contratar; Justiça Contratual.

ABSTRACT: Contracts are fundamental tools for life in society. The private autonomy exercised by freedom of contract can be considered the fundamental principle of contract theory. With the passage of time, how to hire has changed substantially. This form of hire openly restricts free expression of will of the people and the balance in the establishment of contractual terms. Thus, there is the

* Mestranda em Ciências Jurídicas pelo Centro Universitário de Maringá/CESUMAR e Professora de Direito e Legislação do Turismo no Curso de Turismo da Universidade Norte do Paraná/UNOPAR.

importance of the Code of Consumer Protection, to protect the most vulnerable part of the relationship. Unfair terms, expressly laid out in that statute should be revised so that the contracts do not generate excessive burden to the supplier. For the contract to exercise its social function, the other principles of good faith, contractual justice and autonomy of the will must be respected. This article argues that the Code of Consumer Affairs represents an advance in Brazilian law, in order to provide real protection of consumer interests.

KEYWORDS: Contracts of adhesion; Freedom of Contract, Contractual Justice.

1. INTRODUÇÃO

Na contemporaneidade os contratos são essenciais para a manutenção da ordem e a vida em sociedade. Em um mundo no qual, palavras são ditas ao vento, a necessidade de celebração de contratos entre as pessoas torna-se fundamental para a garantia da convivência harmoniosa.

A liberdade de contratar é direito garantido aos cidadãos, em decorrência do princípio da autonomia privada. A esses cabe determinar com quem contratar, o que contratar, quando e como contratar, além de outros aspectos, tais quais, o estabelecimento das cláusulas dos pactos firmados e a mobilização ou não do poder judiciário para solução dos conflitos.

Apesar dessa liberdade concedida aos particulares, a legislação civil brasileira impôs diversas restrições ao seu exercício. Inúmeras são as situações, as quais as pessoas veem sua liberdade de contratar limitada por determinação legal. Via de regra, no direito brasileiro, os interesses coletivos se sobrepõem aos interesses particulares, assim como o público sobre o privado.

Nesse sentido, pode-se afirmar que a lei garante a autonomia privada, conferindo às pessoas liberdade de contratar e fazer suas próprias escolhas, respeitando, entretanto, os limites impostos pela própria legislação, para que princípios como o da boa-fé não sejam desrespeitados.

O princípio da justiça contratual exerce papel fundamental para a manutenção do equilíbrio entre as partes. Os contratos devem ser realizados de tal forma que ambas as partes tenham resultados satisfatórios na sua execução.

Os contratos no mundo moderno, os de adesão, principalmente, devem ser examinados, cuidadosamente, uma vez que são elaborados, unilateralmente. Esses contratos de consumo contêm, em inúmeras situações, cláusulas consideradas

abusivas pelo Direito, onerando, excessivamente, a parte hipossuficiente da relação.

Nesse fundo contextual, é evidente a necessidade de pesquisa acurada sobre o tema proposto, para que sejam analisados os contratos com base nos princípios da liberdade de contratar e na justiça contratual, para que seja identificado o entorno axio-jurídico onde se dinamizam as relações sociais inerentes.

Para tanto, será abordada, no primeiro capítulo, os contratos discorrendo sobre conceito e princípios contratuais. Posteriormente, será realizada análise do princípio da liberdade de contratar e sua extensão diante do art. 421 do CC. No capítulo seguinte, será abordada a justiça contratual, destacando-se a diferença existente entre o reconhecimento da onerosidade excessiva no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor. Por fim, será tratada a justiça contratual nos contratos de massa, identificando possíveis abusos dos fornecedores na relação consumerista.

Para que uma nação cresça, de forma sustentável, é necessário garantirem-se os direitos fundamentais de homens e mulheres que se enfeixam e se aglutinam aos direitos de personalidade para enobrece-los em sua dignidade.

2. CONTRATO: CONCEITO E PRINCÍPIOS

Os contratos constituem instrumentos relevantes para a realização da vida em sociedade. Sua constituição deve acompanhar a evolução da sociedade, respeitando a autonomia da vontade, exercida por meio da liberdade de contratar e deve estar pautada nos limites estabelecidos pela legislação.

Segundo ensinamentos de Darcy Bessone de Oliveira Andrade, a teoria clássica contratual entendia que “o contrato é sempre justo, porque, se foi querido pelas partes, resultou da livre apreciação dos respectivos interesses pelos próprios contratantes. Teoricamente, o equilíbrio das prestações é de presumir-se, pois.”¹

Essa realidade contratual tem sido questionada, no mundo contemporâneo, uma vez que nem sempre as partes têm condições de manifestar, livremente, seus interesses. Pode-se exemplificar essa realidade por meio dos contratos de adesão, denominados, também, contratos de massa. Nessas negociações, bastante comuns,

¹ ANDRADE, Darcy Bessone de Oliveira. **Do contrato: teoria geral**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 25.

atualmente, as partes não se encontram com os mesmos poderes de negociação, tal qual autorizado pelo conceito clássico de autonomia da vontade. Faz-se necessário, nesses casos, principalmente, a intervenção do Estado, com objetivo de proteger as partes de contratos abusivos ou onerosos, por meio da legislação.

De acordo com ensinamentos de Carlos Roberto Gonçalves,

A idéia de um contrato com predominância da autonomia de vontade, em que as partes discutem livremente as suas condições em situação de igualdade, deve-se aos conceitos nos Códigos francês e alemão. Entretanto, essa espécie de contrato, essencialmente privado e paritário, representa hodiernamente uma pequena parcela do mundo negocial. Os contratos em geral são celebrados com a pessoa jurídica, com a empresa, com os grandes capitalistas e com o estado.²

Nesse sentido, percebe-se que os legisladores buscam, cada vez mais, fazer com que as relações entre particulares, sejam guiadas pelos princípios da boa-fé e da justiça contratual, não deixando de invocar, também, a função social do contrato.

Flávio Tartuce esclarece que,

Nessa nova estrutura, o contrato, típico instituto de Direito Privado, vem sofrendo uma série de alterações conceituais e a antiga visão de autonomia plena da vontade perde espaço para uma elaboração mais voltada para a realidade social dos envolvidos na relação negocial.³

Pode-se identificar a evolução no conceito dos contratos, a partir dos ensinamentos de Caio Mário da Silva Pereira, o qual esclarece que “o fundamento ético do contrato é a vontade humana, desde que atue na conformidade com a ordem jurídica.”⁴

Os contratos, não estão pautados, portanto, apenas na autonomia da vontade e na liberdade de contratar. De acordo com as lições de César Fiúza, “imaginar que os contratos seriam fruto de vontade livre e incondicionada, como queriam os liberais, nos sécs. XVIII e XIX, é desdenhar todo avanço das ciências que estudam a mente humana, como a psicologia e a psicanálise.”⁵

² GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 24.

³ TARTUCE, Flávio. A revisão do contrato pelo novo Código Civil. Crítica e proposta de alteração do art. 317 da Lei 10.406/02. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo. *Questões controvertidas no novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2003, p. 126.

⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: contratos: revista e atualizada por Regis Fichtner**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 7.

⁵ FIUZA, César. **Para uma releitura da principiologia contratual**. Disponível em: <http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/ano2_2/Para%20uma%20releitura%20da%20principiologia>

Nesse sentido, o referido autor afirma que os contratos

São meio de circulação de riquezas, de distribuição de renda, geram empregos, promovem dignidade humana, ensinam as pessoas a viver em sociedade, dando-lhes noção do ordenamento jurídico em geral, ensinam as pessoas a respeitar os direitos dos outros.⁶

Verifica-se, a partir dessa definição que não se pode mais analisar o contrato, pelo seu caráter econômico, apenas. Essa é, sem dúvidas, uma visão simplista. Os contratos exercem função econômica, pedagógica e social e, por isso, a autonomia da vontade sofre limitações que não eram consideradas em tempos remotos.

Após esta breve conceituação dos contratos, resta analisar os princípios que embasam os contratos. Identificam-se na doutrina, diferentes classificações quanto aos princípios contratuais. Segundo Eduardo Messias Gonçalves de Lyra Junior, os princípios contratuais podem ser divididos em duas categorias: a primeira, seria a dos princípios chamados liberais, que englobariam a autonomia privada, o *pacta sunt servanda* e a relatividade subjetiva do contrato. A segunda categoria contemplaria os princípios sociais, quais sejam, a função social do contrato, a boa-fé objetiva e o equilíbrio contratual.⁷

A autonomia privada pode ser considerada princípio fundamental da teoria contratual. Segundo César Fiúza, “é ela que faculta às partes total liberdade para concluir seus contratos. Funda-se na vontade livre, na liberdade de contratar.”⁸ O autor destaca, ainda, que essa autonomia poderia ser exercida em quatro planos, quais sejam: contratar ou não contratar; com quem e o que contratar; estabelecer as cláusulas contratuais, respeitados os limites da lei e, mobilizar ou não o judiciário para fazer respeitar o contrato.”⁹

O *pacta sunt servanda*, por sua vez, determina que os contratos devem ser cumpridos. Com a modernização dos contratos, verifica-se que, em determinados

%20contratual.pdf>. Acesso em: 01 mar. 2011.

⁶ FIUZA, César. **Para uma releitura da principiologia contratual**. Disponível em: <http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/ano2_2/Para%20uma%20releitura%20da%20principiologia%20contratual.pdf>. Acesso em: 01 mar. 2011.

⁷ LYRA JUNIOR, Eduardo Messias Gonçalves de. Os princípios do direito contratual. **Revista de Direito Privado**. v. 3. n. 12.out. 2002, p. 137.

⁸ FIUZA, César. **Para uma releitura da principiologia contratual**. Disponível em: <http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/ano2_2/Para%20uma%20releitura%20da%20principiologia%20contratual.pdf>. Acesso em: 01 mar. 2011.

⁹ FIUZA, César. **Para uma releitura da principiologia contratual**. Disponível em: <http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/ano2_2/Para%20uma%20releitura%20da%20principiologia%20contratual.pdf>. Acesso em: 01 mar. 2011.

casos, há necessidade de intervenção judicial, para que sejam reparados desequilíbrios nas relações, decorrentes de contratos leoninos. Nesse sentido, de acordo com Eduardo Messias Gonçalves de Lyra Junior,

Daí a necessidade de uma intervenção judicial capaz de mitigar a rigidez do princípio da força obrigatória dos contratos, reservando-o para aquelas situações as quais as partes se apresentem iguais, do ponto de vista material, mas afastando-o quando o conteúdo estipulado unilateralmente por uma delas (normalmente o parceiro mais forte economicamente), cause excessiva desvantagem para a outra.¹⁰

O último princípio da categoria dos princípios liberais é o da relatividade subjetiva do contrato. Segundo Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, “regra geral, os contratos só geram efeitos entre as próprias partes contratantes, razão por que se pode afirmar que a sua oponibilidade não é absoluta erga omnes, mas tão somente relativa.”¹¹

Humberto Theodoro Junior enfatiza que, de acordo com o princípio da relatividade subjetiva dos contratos, este faz lei entre as partes e seus efeitos operam, também, apenas, entre os contratantes.¹²

Os contratos devem ser cumpridos, “*pacta sunt servanda*”. Este é um princípio consagrado na doutrina e jurisprudência brasileiras. Os contratos obrigam, portanto, os que dele participam.

De acordo com parte da doutrina, os contratos, atualmente, podem obrigar terceiros que dele não participam. Como exemplo, poder-se-ia mencionar Luiz Roldão de Freitas Gomes, o qual afirma que “foi o Direito Moderno que introduziu brecha àquele princípio, no pagamento ao credor putativo, na oponibilidade de contrato constitutivo de direitos reais e na condição resolutiva em direitos transferidos a terceiros.”¹³ Destaca-se, entretanto, segundo referido autor, que esse terceiro não seria, substancialmente, estranho ao negócio.

Analisados os princípios liberais dos contratos, faz-se necessária a análise dos princípios sociais. Os contratos, também, apresentam, no mundo contemporâneo, a preocupação e o respeito à função social dos contratos. Consoante dispõe o art. 421, do CC, “A liberdade de contratar será exercida em

¹⁰ LYRA JUNIOR, Eduardo Messias Gonçalves de. Os princípios do direito contratual. **Revista de Direito Privado**. v. 3. n. 12.out. 2002, p. 146.

¹¹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: contratos – teoria geral**. t. 1. 4. ed. rev. E atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 40.

¹² THEODORO Junior, Humberto. **O Contrato e seus Princípios**. Rio de Janeiro: Aide, 1993, p. 35.

¹³ GOMES, Luiz Roldão de Freitas. *Contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 42.

razão e nos limites da função social do contrato.”¹⁴ Nesse sentido, o princípio da função social do contrato deve ser entendido como um dos pilares da teoria contratual moderna.

Segundo ensinamentos de Eduardo Messias Gonçalves de Lyra Junior, “ao atribuir-se ao contrato uma função (social), acometendo a seu titular um poder-dever, traz-se para o direito privado algo que originariamente sempre esteve afeto ao direito público, que é o condicionamento do poder a uma finalidade.”¹⁵

Percebe-se que não só a administração pública deve atender a função social, mas, também, os particulares devem pactuar cláusulas úteis, socialmente, despertando o interesse do Estado em sua tutela.

Quanto ao princípio da boa-fé objetiva, de acordo com César Fiúza, “baseia-se na conduta das partes, que devem agir com correção e honestidade, correspondendo a confiança reciprocamente depositada.”¹⁶ As partes devem agir, de forma correta, para que os pactos cumpram seus objetivos.

Consoante elucida Álvaro Villaça Azevedo, “o princípio da boa-fé deve ser, antes de tudo, mencionado, pois ele assegura o acolhimento do que é lícito e a repulsa ao ilícito.”¹⁷ Segundo Judith Martins Costa, “o mais imediato dever decorrente da boa-fé é o dever de lealdade com a contraparte.”¹⁸ A lealdade entre os contratantes faz-se fundamental para a realização do contrato entre as partes.

E, por fim, resta apresentar o princípio da justiça contratual, o qual busca equilibrar as obrigações contraídas pelas pessoas nos contratos. Segundo lições de César Fiúza, “é a relação de paridade que se estabelece nas relações comutativas, de sorte que nenhuma das partes dê mais ou menos do que o que recebeu.”¹⁹

Consoante menciona Flávio Tartuce,

¹⁴ BRASIL, CC, **art. 421**.

¹⁵ LYRA JUNIOR, Eduardo Messias Gonçalves de. Os princípios do direito contratual. **Revista de Direito Privado**. v. 3. n. 12, out. 2002, p. 150.

¹⁶ FIUZA, César. **Para uma releitura da principiologia contratual**. Disponível em: <http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/ano2_2/Para%20uma%20releitura%20da%20principiologia%20contratual.pdf>. Acesso em: 01 mar. 2011.

¹⁷ AZEVEDO, Álvaro Villaça. O novo código civil brasileiro: tramitação; função social do contrato; boa-fé objetiva; teoria da imprevisão e, em especial, onerosidade excessiva. In: Aspectos controvertidos do novo Código Civil: escritos em homenagem ao ministro José Carlos Moreira Alves. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 34.

¹⁸ MARTINS-COSTA, Judith. **Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 200.

¹⁹ FIUZA, César. **Para uma releitura da principiologia contratual**. Disponível em: <http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/ano2_2/Para%20uma%20releitura%20da%20principiologia%20contratual.pdf>. Acesso em: 01 mar. 2011.

pela vanguarda da nova tese, os contratos devem ser interpretados de acordo com a concepção lógica do meio social ao qual está inserto, não trazendo onerosidades excessivas às partes contratantes, garantindo, que a igualdade entre elas seja respeitada, equilibrando a relação em que houver predominância da situação jurídica de um dos contratantes sobre a da outra.²⁰

No mesmo entendimento, a justiça contratual, para Eduardo Messias Gonçalves de Lyra Junior, consiste em “um equilíbrio nas prestações contratuais, de modo que um dos contratantes não aufira, em face do outro, vantagem manifestamente excessiva, responde ao ideal de justiça contratual que permeia nosso ordenamento jurídico.”

Pode-se afirmar, então, que existe relação tênue entre todos os princípios. Deve-se respeitar a autonomia privada, a lealdade entre as partes e o equilíbrio contratual para, assim, materializar um contrato em consonância com a sua função social.

2.1. A LIBERDADE DE CONTRATAR E A EXTENSÃO DO ART. 421, CC

A redação do art. 421 foi infeliz, ao dispor que “a liberdade de contratar será exercida em razão da função social do contrato.” (grifo nosso).

Segundo ensinamentos de Nelson Nery Junior, o dispositivo legal está fundamentado entre três cláusulas gerais, quais sejam: “a) a autonomia privada (liberdade de contratar); b) respeito à ordem pública; c) função social do contrato.”²¹

No que se refere à autonomia privada, princípio considerado dos mais importantes da relação contratual, verifica-se que as partes são livres para contratar, respeitados os limites legais.

As partes podem exercer a liberdade de contratar, pautadas no exercício da autonomia privada. Consoante ensinamentos de César Fiúza, a autonomia da vontade pode ser exercida, em quatro planos: a liberdade de “contratar ou não contratar; determinar com quem e o que contratar; estabelecer as cláusulas

²⁰ TARTUCE, Flávio. A revisão do contrato pelo novo Código Civil. Crítica e proposta de alteração do art. 317 da Lei 10.406/02. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo. Questões controvertidas no novo Código Civil. São Paulo: Método, 2003, p. 126.

²¹ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil Anotado e legislação extravagante**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 335.

contratuais, respeitados os limites da Lei, e; mobilizar ou não o judiciário para fazer respeitar o contrato [...].”²²

Em relação ao respeito à ordem pública, verifica-se que o dispositivo é de ordem pública; nesse sentido, a liberdade de contratar deve respeitar os limites determinados pela legislação. O princípio da supremacia da ordem pública deve ser seguido, pois os interesses particulares não podem se sobrepor aos coletivos. Assim entende Carlos Roberto Gonçalves: “a liberdade contratual encontrou sempre uma limitação na idéia de ordem pública, entendendo-se que o interesse da sociedade deve prevalecer quando colide com o interesse individual.”²³

Segundo Nelson Nery Junior, “a norma ora comentada é de ordem pública e de interesse social (CC 2.035 par.ún.). Constitui-se como cláusula limitadora da autonomia privada.”²⁴

E, por fim, resta analisar a função social do contrato. As partes, não são motivadas, na realização do contrato, determinadamente, pela concretização em razão da função social do contrato. Os contratos atendem a vontade dos contratantes, interesses individuais ou coletivos, dentre outros motivos. A função social do contrato pode ser considerada pelas partes uma consequência do contrato realizado.

Entende-se que todos os contratos que cumprem os requisitos exigidos pela legislação cumprem, de certa forma, a função social. As partes, ao contratar, devem observar os princípios previstos, constitucionalmente, tais como boa-fé, justiça social, livre iniciativa, dentre outros.

A *contrario sensu*, os contratos não cumprem a 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.²⁵

Acerca da função social do contrato e a liberdade de contratar, dispostos no art. 421, com a mesma redação do projeto, Jones Figueiredo Alves apresenta

²² FIUZA, César. **Para uma releitura da principiologia contratual**. Disponível em: <http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/ano2_2/Para%20uma%20releitura%20da%20principiologia%20contratual.pdf>. Acesso em: 01 mar. 2011.

²³ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: contratos e direitos unilaterais**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 43.

²⁴ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil Anotado e legislação extravagante**. 2.ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 336.

²⁵ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil Anotado e legislação extravagante**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 336.

posicionamento do então deputado Tancredo Neves que, afirma tratar-se de “disposição de maior inconveniência, porque significa que, fora dos limites da função social do contrato, não pode ser exercida a liberdade de contratar, admitindo impreciso o conceito de função social do contrato.”²⁶

Faz-se necessário mencionar, também, o enunciado 23 da Jornada de Direito Civil de 2002 coordenada pelo Ministro Ruy Rosado, o qual entende que:

a função social do contrato prevista no art. 421 do novo Código Civil não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio, quando presentes interesses meta-individuais ou interesses individual relativo a dignidade da pessoa humana.²⁷

O contrato, na visão contemporânea, deve ser orientado para o cumprimento da função social. Nesse sentido, é válida a disposição quanto à relevância da função social. Os contratos não podem mais atender interesses, exclusivamente, econômicos.

De acordo com Álvaro Villaça Azevedo,

O novo Código Civil não ficou à margem dessa indispensável necessidade de integrar o contrato na sociedade, como meio de realizar os fins sociais, pois determinou que a liberdade de contratual (embora se refira a liberdade de contratar) deve ser exercida em razão e nos limites da função social do contrato.²⁸

Cabe destacar posicionamento de Antônio Junqueira de Azevedo, o qual critica a redação do art. 421. De acordo com o doutrinador, a redação de referido artigo induz a erro e pode ser considerada um exagero. Os contratos não são realizados em razão da função social, mas sim, nos limites da função social do contrato.²⁹

Ante o exposto, verifica-se que é louvável a preocupação do legislador em valorizar a função social dos contratos; entretanto, foi infeliz ao determinar a função social do contrato como motivador da concretização dos contratos.

O que haveria de ser destacado, na verdade, é que o contrato deveria

²⁶ ALVES, Jonas Figueiredo. In: FIUZA, Ricardo. **Novo Código Civil comentado**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 372.

²⁷ Enunciado 23: **Jornada de Direito Civil**, 2002.

²⁸ AZEVEDO, Álvaro Villaça. Contrato: função, boa-fé, imprevisão, onerosidade. In: ALVIM, Arruda. et. al. Aspectos Controvertidos do novo Código Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 34.

²⁹ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico: existência, validade e eficácia**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

atender ou estar em consonância com a função social do contrato.

3. REVISÃO E RESOLUÇÃO DOS CONTRATOS, NO CÓDIGO CIVIL E NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Antes de estudar a revisão e a resolução dos contratos, segundo os códigos Civil e do Consumidor, faz-se necessário apresentar alguns conceitos relevantes. Nesse sentido, pretende-se analisar a teoria da imprevisão, a teoria da quebra da base negocial, a teoria do limite do sacrifício econômico e a teoria da onerosidade excessiva.

Segundo Álvaro Villaça Azevedo, “Reconhece-se, modernamente, a teoria da imprevisão, que admite, imanente em todos os contratos, a cláusula *rebus sic stantibus* (das coisas como estão, estando assim as coisas)”³⁰ Ainda, de acordo com ensinamentos do referido autor, essa cláusula proporciona abrandamento do princípio do *pacta sunt servanda*.

Destaca-se que, apesar de a teoria da imprevisão permitir a correção de desproporção nas relações bilaterais, não há, na verdade, relativização da obrigatoriedade do cumprimento dos contratos, mas sim, adequação necessária, ante as novas condições existentes.

Consoante leciona Orlando Gomes, “o princípio da força obrigatória, consubstancia-se na regra de que o contrato é lei entre as partes.”³¹ Para a aplicação da teoria da imprevisão, faz-se necessária alteração decorrente de situações imprevisíveis, uma vez que situações normais devem ser previstas pelas partes ao contratar.

A teoria da imprevisão, prevista no art. 317 do CC, dispõe que “quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação.”³²

Ressalta-se que, de acordo com entendimento apresentado em Jornada de Direito Civil do STJ 17:

³⁰ AZEVEDO, Álvaro Villaça. Contrato: função, boa-fé, imprevisão, onerosidade. In: ALVIM, Arruda. et. al. Aspectos Controvertidos do novo Código Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 36.

³¹ GOMES, Orlando. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 38.

³² BRASIL, CC, art. 317.

A interpretação da expressão “motivos imprevisíveis”, constantes do art. 317 do novo Código Civil, deve abarcar tanto causas de desproporção não previsíveis como também causas previsíveis, mas de resultados imprevisíveis.³³

Tomando-se por base relações contratuais, as quais tenham tido alterações em decorrência de efeitos imprevisíveis, poder-se-ia fundamentar a necessidade de resolução ou adequação dos contratos, pautados em diversos argumentos defendidos pelos doutrinadores, quais sejam: desaparecimento da vontade contratual, visto que, caso as partes previssem tais efeitos, não realizariam o contrato; pela falta parcial de causa do contrato, no seu aspecto funcional; na teoria do abuso do direito, considerando que uma das partes cobraria obrigação desproporcional, manifestamente, da outra e, por fim, as teorias da equidade, da boa-fé e em outras ideias gerais.³⁴

Em relação à teoria da quebra da base negocial, a aplicação ocorre, quando há grande distanciamento na equivalência das prestações.

Nesse sentido, destaca-se o entendimento de Claudia Lima Marques:

A norma do artigo 6, do CDC avança ao não exigir que o fato superveniente seja imprevisível ou irresistível, apenas exige a quebra da base objetiva do negócio, a quebra do seu equilíbrio intrínseco, a destruição da relação de equivalência das prestações.³⁵

De acordo com posicionamento de Álvaro Villaça Azevedo, deveria ser eliminado do texto do art. 478 do CC a palavra imprevisíveis:

Nascendo o contrato já portador desse desequilíbrio, com sérios prejuízos (graves) a uma das partes, por acontecimentos alheios à vontade dos contratantes, dá-se a resolução contratual, por onerosidade excessiva, independentemente de ser previsível, ou não, a brusca e anormal alteração dos fatos. Isto se o contrato não puder ser revisto.

Percebe-se, então, que o Código Civil prevê a necessidade de ocorrência de alterações decorrentes de efeitos imprevisíveis ou extraordinários. O Código de Defesa do Consumidor, legislação anterior ao Código Civil, já dispõe acerca da

³³ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil Anotado e legislação extravagante**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 298.

³⁴ FONSECA, Arnaldo Medeiros da. **Caso fortuito e teoria da imprevisão**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

³⁵ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o regime das relações contratuais**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 299.

possibilidade de revisão contratual, pela simples desproporção ou onerosidade excessiva para uma das partes.

Para o Código Civil, não basta, apenas, a quebra da base negocial, pois se exige fato superveniente imprevisível, acrescido da onerosidade excessiva.

Por fim, resta abordar a teoria do limite do sacrifício econômico (*Opfergrenzetheorie*) ou a onerosidade excessiva.

Consoante ensina Nelson Nery Junior, “A onerosidade excessiva, que pode tornar a prestação desproporcional relativamente ao momento de sua execução, pode dar ensejo tanto à resolução do contrato (CC 478) quanto ao pedido de revisão de cláusulas contratual (sic) (317CC).” Ainda seguindo suas orientações, isso não se aplica ao Código de Defesa do Consumidor, que prevê apenas revisão e modificação das cláusulas que oneram as partes, priorizando o princípio da conservação contratual

O Código Civil de 2002 adotou, quanto à resolução dos contratos, a teoria da onerosidade excessiva, prevista nos artigos 478, 479 e 480.

Segundo Judith Martins-Costa, “[...] o Código de Defesa do Consumidor e o novo Código Civil também permitem ao juiz revisar o contrato quando fatos supervenientes à sua conclusão tornarem excessivamente onerosa a prestação, embora o façam por modos distintos, exigindo distintos pressupostos.”³⁶

Como já mencionado, anteriormente, para o Código de Defesa do Consumidor, basta o desequilíbrio e a consequente onerosidade excessiva para uma das partes. O Código Civil, por sua vez, exige, além da onerosidade excessiva, que os fatos sejam imprevisíveis ou decorrentes de situações extraordinárias.

Orlando Gomes explana os quatro requisitos exigidos pela lei para a resolução do contrato. Segundo o autor, fazem-se necessários: “presença de um contrato de execução diferida, continuada ou periódica; excessiva onerosidade da prestação de uma parte; extrema vantagem da outra parte e acontecimentos supervenientes extraordinários e imprevisíveis.”³⁷

Portanto, quando acontecimentos extraordinários determinam radical alteração no estado de fato contemporâneo à celebração do contrato, acarretando consequências imprevisíveis, das quais decorre excessiva onerosidade no cumprimento da obrigação, o vínculo contratual pode ser resolvido ou, a requerimento do prejudicado, o juiz altera o conteúdo do

³⁶ MARTINS-COSTA, Judith. **Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 213.

³⁷ GOMES, Orlando, **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 216.

contrato, restaurando o equilíbrio desfeito”. A modificação quantitativa da prestação há de ser tão vultuosa que, para satisfazê-la, o devedor se sacrificaria economicamente.³⁸

Analizadas essas teorias, conclui-se que o Código Civil de 2002, quando se refere à parte especial relativa aos contratos, aplica a teoria da onerosidade excessiva, exigindo, entretanto, a imprevisibilidade e extraordinariedade. O Código de Defesa do Consumidor, por sua vez, adota a teoria da onerosidade excessiva, sem as exigências do Código Civil, acima mencionadas.

3.1 CONTRATOS DE ADESÃO, CLÁUSULAS ABUSIVAS E JUSTIÇA CONTRATUAL

Os contratos do mundo contemporâneo possuem características distintas dos contratos em tempos remotos, como já destacado, anteriormente. Com a industrialização e a massificação dos contratos, percebe-se que a manifestação da vontade e a igualdade entre as partes na determinação das cláusulas contratuais, não se encontram da mesma forma.

Em muitos casos o acordo de vontades era mais aparente do que real; os contratos pré-redigidos tornaram-se a regra, e deixavam claro o desnível entre os contraentes – um, autor efetivo das cláusulas; outro, simples aderente, desmentindo a idéia de que, assegurando-se a liberdade contratual, estaríamos assegurando a justiça contratual.³⁹

O conceito de contrato de adesão está disposto no art. 54, do CDC:

Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo.⁴⁰

Portanto, verifica-se que esses contratos são caracterizados pela estipulação unilateral das cláusulas e a sua negociação torna-se fragilizada.

De acordo com ensinamentos de Flávio Tartuce,

³⁸ GOMES, **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 41

³⁹ MARQUES, Claudia Lima Marques. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 5.ed. rev. atual. e ampl. Incluindo mais de 1000 decisões jurisprudenciais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.163.

⁴⁰ BRASIL, CDC, **art. 40**.

Antes a autonomia da vontade ditava as regras do pacto, fazendo com que seus dispositivos tivessem força legislativa inter partes. Agora, não temos mais a autonomia da vontade como fator essencial dos contratos: predominam os contratos de adesão, os acordos de massa; não há mais discussão das cláusulas contratuais; [...] ⁴¹

Nesse ponto, pode-se identificar uma relativização do *pacta sunt servanda*. Segundo referido princípio, os contratos devem ser cumpridos, entretanto, considera-se que outros requisitos essenciais para a formação dos contratos estejam presentes, quais sejam: livre manifestação de vontade das partes, boa-fé objetiva, justiça contratual, dentre outros.

De acordo com Luis Antônio Rizzatto Nunes, os contratos de adesão:

São contratos que acompanham a produção. Ambos – produção e contratos – são decididos unilateralmente e postos à disposição do consumidor, que só tem como alternativa, caso queira ou precise adquirir o produto ou serviço oferecido, aderir às disposições pré-estipuladas. ⁴²

Nesse sentido, evidencia-se que, os contratos de adesão, caso apresentem cláusulas abusivas, não se enquadram nos preceitos do *pacta sunt servanda*, uma vez que, a parte aderente ao contrato não teve oportunidade de discutir as cláusulas contratuais, ocasionando desequilíbrio na relação.

Esse mesmo entendimento é descrito por Adalci do Carmo Capaverde,

A segunda modalidade protecionista aos consumidores coloca de maneira paralela à teoria da imprevisão, uma vez que é válido o princípio do *pacta sunt servanda* somente se combinado com a cláusula *rebus sic stantibus*. Deste modo, persistem os acordos de vontade desde que estáveis as condições gerais nas quais o contrato foi recepcionado. ⁴³

Percebe-se, então, a preocupação da legislação consumerista, quanto à manutenção do equilíbrio das obrigações entre as partes. A legislação inovou, ao tratar, expressamente, a questão das cláusulas abusivas nos contratos. Segundo Jorge Alberto Quadros de Carvalho Silva, “[...] logo no início do CDC, em seu art. 6, IV, consagrou o direito à proteção contra as cláusulas abusivas, esclarecendo tratar-se de direito básico.” ⁴⁴

O mesmo autor destaca, ainda, que:

⁴¹ TARTUCE, Flávio. A revisão do contrato pelo novo Código Civil. Crítica e proposta de alteração do art. 317 da Lei 10.406/02. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo. Questões controvertidas no novo Código Civil. São Paulo: Método, 2003, p. 135.

⁴² NUNES, Luis Antônio Rizzatto. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 631.

⁴³ CAPAVERDE, Aldaci do Carmo; CONRADO, Marcelo. **Repensando o Direito do Consumidor: 15 anos do CDC (1990-2005)**. Curitiba: Ordem dos Advogados do Brasil, Seção do Paraná, 2005, p. 41.

A repressão aberta às cláusulas abusivas constitui forma de intervenção do Estado para controlar o poder econômico e para evitar o desequilíbrio contratual criado pela atuação preponderante de grandes empresas, que, mediante a estipulação unilateral de cláusulas, colocam os consumidores em posição absolutamente desvantajosa.⁴⁵

Essa intervenção estatal é positiva, no sentido de preservar o direito do hipossuficiente na relação de consumo: entretanto, restringe, de forma significativa, a autonomia privada, exercida por intermédio da liberdade de contratar.

Assim, afirma Jorge Alberto Quadros de Carvalho Silva que

O estabelecimento da ordem pública de proteção ao consumidor – considerado vulnerável pelo fato de os leigos estarem em posição de inferioridade em relação aos profissionais – restringiu a liberdade contratual da parte mais forte da relação jurídica de consumo (o fornecedor) e relativizou os princípios da intangibilidade do contrato e da autonomia da vontade.⁴⁶

As cláusulas abusivas nos contratos de adesão constituem franco desrespeito à parte aderente ao contrato. Em determinadas situações, o consumidor se vê obrigado a assinar contratos abusivos, sabidamente, em decorrência da necessidade que tem do produto e/ou serviço. O consumidor, nesses casos, assina o instrumento contratual para garantir a aquisição do produto ou serviço e discute, posteriormente, as cláusulas abusivas na justiça.

Além de ferir o equilíbrio na relação, pode-se afirmar que as cláusulas abusivas violam, também, o princípio da boa-fé objetiva. A parte estipulante das cláusulas contratuais não age com honestidade e correção, ao estabelecer onerosidade excessiva para o aderente.

João Bosco Leopoldino da Fonseca esclarece que:

Na busca de critérios de uma moral objetiva, como forma de coibir o abuso de direito, deverão ser muitas vezes ultrapassadas as normas particulares, para se encontrar apoio no critério do espírito da instituição, no conteúdo econômico-social, na perspectiva integradora da norma através do binômio segurança-justiça num amplo contexto de moral social, acrescentando-se ainda que o direito deve ser concretizado segundo as exigências da boa-fé, dos bons costumes, do fim social ou econômico do direito e ainda segundo os critérios tidos como de ordem pública.⁴⁷

⁴⁴ SILVA, Jorge Alberto Quadros de Carvalho. **Cláusulas abusivas no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 59.

⁴⁵ SILVA, Jorge Alberto Quadros de Carvalho. **Cláusulas abusivas no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 59.

⁴⁶ SILVA, Jorge Alberto Quadros de Carvalho. **Cláusulas abusivas no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 59.

Nesse sentido, entende-se que é necessária a análise criteriosa dos contratos de adesão, nos dias atuais, para que direitos básicos dos consumidores não sejam violados.

4. CONCLUSÃO

Os contratos constituem instrumentos indispensáveis para a vida em sociedade e, para tanto, devem acompanhar a evolução dos povos. As características dos contratos no mundo contemporâneo apresentam profundas alterações, se comparadas há tempos remotos.

A autonomia da vontade, exercida por meio da liberdade de contratar, pode ser considerada, ainda, a principal responsável pela concretização dos contratos. A partir da livre manifestação da vontade, outros princípios deverão ser considerados para sua validade.

A partir da revolução industrial e a massificação dos contratos, verifica-se a limitação quanto à manifestação livre da vontade e a diminuição do equilíbrio entre as partes, no estabelecimento das cláusulas contratuais.

Os contratos de adesão são criados, unilateralmente, por uma das partes. Resta ao aderente concordar com as cláusulas estipuladas, caso tenha interesse em adquirir o produto ou o serviço respectivo.

O princípio *pacta sunt servanda* é aplicável a todos os contratos celebrados de acordo com a legislação vigente. Via de regra, é válido, também, para os contratos de adesão. Se as cláusulas contratuais forem estabelecidas, atendendo os demais requisitos essenciais aos contratos (boa-fé objetiva, manifestação livre da vontade, equilíbrio das prestações, dentre outros), o contrato é lei entre as partes.

Relativiza-se tal princípio, quando os pactos contemplem cláusulas abusivas, uma vez que, consoante dispõe a legislação consumerista, os contratos poderão ser revistos, em casos de onerosidade excessiva para uma das partes.

Assim, entende-se que a legislação respeita a liberdade de contratar: criou, entretanto, mecanismos de controle estatal aos abusos praticados por fornecedores. Conforme mencionado, os consumidores são considerados hipossuficientes e mais vulneráveis na relação.

⁴⁷ FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Cláusulas abusivas nos contratos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 119.

Conclui-se que tais medidas buscam o equilíbrio e a justiça contratual nos pactos firmados entre os particulares. Os princípios da autonomia da vontade, da boa-fé objetiva e da justiça contratual devem estar presentes em todas as negociações, para que a função social do contrato seja alcançada.

Não há como falar em função social, decorrente de negócio jurídico criado, sem atendimento aos demais princípios supramencionados.

Nesse sentido, conforme demonstrado, tem-se que os contratos devem atender a função social. Os particulares não concretizam negócios em razão da função social, como dispõe a legislação vigente. Na verdade, os contratos devem sim, apresentar-se em consonância com a função social, sob pena de nulidade ou anulabilidade.

Quanto à revisão e à resolução dos contratos, verificou-se que o Código Civil de 2002 regrediu, nesse aspecto, em relação ao Código de Defesa do Consumidor.

Segundo a legislação civil, para a resolução do contrato, faz-se necessária a onerosidade excessiva decorrente de efeitos imprevisíveis ou extraordinários. O Código de Defesa do Consumidor, por sua vez, estatui que basta a onerosidade excessiva para a revisão das cláusulas contratuais.

Percebe-se, dessa forma, que é inegável a contribuição do Código de Defesa do Consumidor, para proteger os interesses da parte hipossuficiente da relação. As cláusulas abusivas foram destacadas, expressamente, no referido diploma legal.

Para que a sociedade se desenvolva baseada nos valores da ética e da dignidade da pessoa, faz-se necessário o respeito à legislação e observação aos princípios gerais do direito.

REFERÊNCIAS

ALVES, Jonas Figueiredo. In: FIUZA, Ricardo. **Novo Código Civil comentado**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ANDRADE, Darcy Bessone de Oliveira. **Do contrato: teoria geral**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico: existência, validade e eficácia**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. O novo código civil brasileiro: tramitação; função social do contrato; boa-fé objetiva; teoria da imprevisão e, em especial, onerosidade excessiva. In: **Aspectos controvertidos do novo código civil**: escritos em homenagem ao ministro José Carlos Moreira Alves. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

CAPAVERT, Aldaci do Carmo; CONRADO, Marcelo. **Repensando o Direito do Consumidor: 15 anos do CDC (1990-2005)**. Curitiba: Ordem dos Advogados do Brasil, Seção do Paraná, 2005.

FIUZA, César. **Para uma releitura da principiologia contratual**. Disponível em: <http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/ano2_2/Para%20uma%20releitura%20da%20principiologia%20contratual.pdf>. Acesso em: 01 mar. 2011.

FONSECA, Arnaldo Medeiros da. **Caso fortuito e teoria da imprevisão**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Cláusulas abusivas nos contratos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: contratos – teoria geral**. t. 1. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

GOMES, Luiz Roldão de Freitas. **Contrato**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

GOMES, Orlando. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o regime das relações contratuais**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MARTINS-COSTA, Judith. **Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil Anotado e legislação extravagante**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NUNES, Luis Antônio Rizzatto. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: contratos: revista e atualizada por Regis Fichtner**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

SILVA, Jorge Alberto Quadros de Carvalho. **Clausulas abusivas no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2004.

TARTUCE, Flávio. A revisão do contrato pelo novo Código Civil. Crítica e proposta de alteração do art. 317 da Lei 10.406/02. **In:** DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo. Questões controvertidas no novo Código Civil. São Paulo: Método, 2003.

THEODORO Junior, Humberto. **O Contrato e seus Princípios**. Rio de Janeiro: Aide, 1993.