

Teresa Negreiros

*Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Pontifícia
Universidade Católica do Rio de Janeiro — PUC-Rio. Mestre em
Direito Constitucional e Teoria Geral do Estado pela PUC-Rio.
Doutora em Direito Civil pela Faculdade de Direito da
Universidade do Estado do Rio de Janeiro — UERJ*

TEORIA DO CONTRATO: NOVOS PARADIGMAS

2ª Edição

RENOVAR

Rio de Janeiro • São Paulo • Recife
2006

BFDEA
F
U
L
A
A

Associação Brasileira
de Filosofia do Direito,
Educação e Humanas
Respeite o Autor
Não Fure a Caixa

Conforme se procura demonstrar a seguir, a utilidade existencial do bem é não apenas considerada pelo legislador, mas, igualmente, vem sendo invocada jurisprudencialmente como um critério de distinção do regime aplicável às respectivas relações contratuais. No entanto, ainda não se propôs, acerca deste conceito de essencialidade/superfluidade, uma sistematização em termos de um novo paradigma da teoria contratual. A elaboração deste paradigma significa, neste sentido, a aceitação do desafio que é conciliar a segurança e a previsibilidade das decisões judiciais, de um lado, e, de outro, a relevância jurídico-constitucional das necessidades existenciais no âmbito da disciplina contratual.

* * *

Como se viu ao longo do presente capítulo, o processo de materialização do contrato torna ainda mais manifesta a necessidade de a teoria contratual contemporânea se dedicar à redefinição de critérios de classificação dos contratos.

Neste sentido, propõe-se que seja reconhecida a utilidade e legitimidade de um critério de classificação dos bens — distinguindo-os em bens essenciais, úteis e supérfluos —, que deverá ser utilizado como base para a classificação dos respectivos contratos e, por conseguinte, como base para a composição dos princípios aplicáveis a essas diferentes espécies contratuais. Sob a perspectiva da relação entre ambas as classificações — a dos contratos e a dos bens —, propõe-se que a necessidade da pessoa seja um fator de diferenciação dos bens, e que este fator, por sua

pios gerais "orientados à necessidade" e conceitos que reforcem a previsibilidade de decisões judiciais através do esclarecimento de novos pontos fundamentais da argumentação jurídica, mas os quais, porém, como meros norteadores, sejam suficientemente flexíveis para permitir que as necessidades concretas das partes sejam adequadamente refletidas.

vez, se constitua num ponto de referência para a determinação do regime contratual respectivo. Tudo isto em função das diretrizes constitucionais (i) da solidariedade, (ii) da supremacia dos interesses existenciais sobre os interesses patrimoniais e (iii) da proteção àqueles em situação de inferioridade — meios e fins, todos esses, da tutela da pessoa e de sua dignidade.

Antes, contudo, de examinar as duas classificações mencionadas — a dos contratos e a dos bens — não mais pode ser postergada a discussão sobre as funções que se reconhece às classificações jurídicas em geral.

6. Classificações e arquetipos sistemático-doutriniais

São inúmeras as classificações propostas pela dogmática jurídica e, em muitos casos, acolhidas pelo direito positivo. A seu respeito, Clovis Bevilacqua afirmava: "... são operações lógicas, impostas pela necessidade de ordem que experimenta o espírito humano, e contribuem poderosamente para a clareza das idéias".⁵⁵⁰

De fato, o saber jurídico, através da dogmática, especializa-se na formulação de classificações e sistematizações que, no entanto, muito além de servirem como orientação didática baseada em mecanismos de pura lógica, constituem um eficaz instrumento para a resolução de casos concretos. Nos meandros dos labirintos classificatórios, ao invés do rigor lógico, se encontra em seu lugar o fundamento ideológico que dá origem à tipologia em causa:

"... é que, a meu ver, esse esforço de esclarecimento e de sistematização jamais é neutro. Uma noção clara nunca

550. Clovis Bevilacqua, *Teoria Geral do Direito Civil*, Campinas: Red Livros, 1999, p. 49.

é idêntica a uma noção confusa, pois, para clarear, é-se obrigado a escolher, a eliminar certos aspectos da noção confusa e a lhe privilegiar outros".⁵⁵¹

Tal fato, porém, não retira das classificações o seu poder de ordenar de forma mais organizada e segura a aplicação e o desenvolvimento do Direito. Isto significa que o reconhecimento de que o Direito constitui um fenômeno social não subsumível em encadeamentos conceituais abstratos é perfeitamente conciliável com o reconhecimento de que o saber teórico se aperfeiçoa, se aproxima da realidade — e com freqüência altera esta mesma realidade —, por meio de classificações só aparentemente estáticas.⁵⁵²

Assim é que a classificação dos contratos (Item 6 a seguir) e a classificação dos bens (Capítulo IV, Item 5) constituem ambas um importante recurso a serviço da legitimação de decisões concretas. A proposta deste trabalho é, sob a perspectiva da inter-relação de ambas as classificações, sustentar que a classificação dos bens com base no critério da utilidade existencial deve constituir-se num relevante fundamento decisório para a solução de conflitos entre as partes de um contrato. Trata-se de uma proposta que visa a preencher os esquemas classificatórios com valores constitucionais.⁵⁵³

551. Chaïm Perelman, *Ética e Direito*, ob. cit., p. 240.

552. Daí decorre a função social da dogmática, referida por Tercio Sampaio Ferraz Jr., a quem remete Maria Helena Diniz nos seguintes termos: "A função social da dogmática jurídica está no dever de limitar as possibilidades de variação na aplicação do direito e de controlar a consistência das decisões, tendo por base outras decisões. Só a partir de um estudo científico-jurídico é que se pode dizer o que é juridicamente possível. O ideal dos juristas é descobrir o que está implícito no ordenamento jurídico, reformulando-o, apresentando-o como um todo coerente e adequando-o às valorizações sociais vigentes" (*Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada*, 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 1997, p. 139).

553. Discorda-se, por esta razão, de Carlos Alberto da Mota Pinto, para

Ao fazer referência às proposições doutrinárias de uma forma geral, Tercio Sampaio Ferraz Jr. as qualifica como "fórmulas persuasivas", as quais "pretendem iluminar aquele que deve tomar uma decisão, dando-lhe elementos cognitivos suficientes, como esquemas, sistematizações (...)"⁵⁵⁴ O mesmo se aplica às classificações, que, de resto, constituem uma espécie complexa de proposição doutrinária. Daí decorre, pois, a importante função legitimadora que é desempenhada pelas classificações. O recurso a esses esquemas formulados doutrinária e/ou legislativamente dá ao intérprete e aplicador meios de reconduzir a modelos pré-determinados o apelo a certos valores, o que confere segurança, certeza e legitimidade à atividade decisória.

Porém, como observa Roberto de Ruggiero, não faltam escritores que consideram inútil o esforço classificatório. Contudo, as classificações jurídicas, se, por um lado, pecam por tentar reduzir a categorias abstratas fenômenos complexos, por outro lado, têm a importante função de sistematizar o conhecimento jurídico e, como se tentará explorar adiante, podem inclusive apoiar importantes reformulações no tratamento dogmático dos institutos e na sua aplicabilidade concreta. Assim, juntamente com Ruggiero, entendemos que o esforço classificatório nunca é vão: "se as muitas tentativas feitas não satisfazem plenamente, isso é sinal principalmente da grande dificuldade

quem "os conceitos só podem estar certos ou errados, consoante exprimem ou não com exatidão a realidade jurídica a que se reportam, mas não violam, directamente, quaisquer valores" (*Teoria Geral do Direito Civil*, 3ª ed., Coimbra: Editora Coimbra, 1990, p. 333). Ao contrário, vislumbramos nas classificações e nos conceitos que as embasam um necessário conteúdo valorativo, o qual, obviamente, estará, neste sentido, sujeito a um juízo de conformidade com a tábua axiológica definida constitucionalmente.

554. Tercio Sampaio Ferraz Jr., *Introdução ao Estudo do Direito*, 2ª ed., São Paulo: Atlas, 1994, p. 86.

que a empresa apresenta e não da sua impossibilidade em abstrato".⁵⁵⁵

Ética, lógica e técnica estão conjuntamente presentes nas classificações: na origem, os esquemas conceituais têm substrato ético, resultando da imposição de demandas sociais, isto é, do surgimento de problemas cuja relevância os tornou, progressivamente, objeto da sistematização classificatória segundo os valores então vigentes; na organização teórica, tais esquemas utilizam-se de princípios lógicos, recorrendo a dicotomias do tipo "lato/stricto sensu", com as quais o estudioso do Direito é forçado a se familiarizar desde as lições mais preliminares; finalmente, na aplicação dos esquemas classificatórios, avulta a técnica jurídica, consistente no discernimento necessário à adequada transposição do fato concreto para o modelo abstrato, e de acordo com a qual o intérprete recorre a métodos típicos, como é o caso da analogia.

As classificações são a um só tempo descritivas e normativas, constituindo-se numa espécie de "etiqueta para a argumentação".⁵⁵⁶ No campo do Direito, é próprio das classificações que a sua validade seja aferida em função de sua relevância prática. Assim é que a todo o tempo, numa relação dinâmica, as classificações são enriquecidas com novas distinções impostas por força das mutações ocorridas no mundo da vida, no mundo dos fatos. Dialecticamente, porém, da mesma forma que a vida força o Direito, o Direito força a vida.

Sob esta perspectiva dialética é que se pretende sustentar que a essencialidade-utilidade-superfluidade do bem

555. Roberto de Ruggiero, *Instituições de Direito Civil*, trad. Paulo Roberto Benasse, Campinas: Bookseller, 1999, p. 365.

556. A expressão está em Tercio Sampaio Ferraz Jr., *Introdução ao Estudo do Direito*, ob. cit., p. 89, e, no contexto original, qualifica os conceitos da dogmática.

constitui uma diferenciação compatível com o sistema classificatório em vigor e, ao mesmo tempo, constitui também um critério inovador, fruto de mudanças valorativas e de demandas sociais contemporâneas.

Não se pode, contudo, negar a precariedade ínsita a qualquer esquema classificatório, o que nada mais é do que o resultado inexorável da origem conjuntural de todas as classificações jurídicas e, de resto, do Direito como um todo. Nas palavras de Tercio Sampaio Ferraz Jr.:

"As diversas classificações e seus critérios surgem ao sabor dos problemas que a dogmática enfrenta na decidibilidade, os quais exigem distinções sobre distinções. Os critérios mencionados são então *topoi*, isto é, lugares comuns, pontos de vista comumente aceitos que permitem classificações regionais e provisórias, sem alcançar uma sistematicidade abrangente. É o método *tópico* de raciocínio do jurista, que vimos mostrando em diversas ocasiões, caracterizado por conceber um problema, procurar para ele um critério orientador (o lugar comum) e proceder a distinções e classificações provisórias, pois se multiplicam e exigem novas distinções e classificações à medida que novos problemas são percebidos".⁵⁵⁷

É com base nas premissas acima que se examina, a seguir, a classificação dos contratos, a qual abrange um item especificamente dedicado ao chamado contrato de adesão — categoria esta que, como veremos, guarda estreita relação com o princípio de proteção ao contratante vulnerável.

557. Tercio Sampaio Ferraz Jr., *Introdução ao Estudo do Direito*, ob. cit., p. 133.

7. Classificação dos contratos

A análise dos reflexos que a materialização do contrato produz sobre a tipologia contratual pressupõe que sejam lembrados os critérios de classificação dos contratos usualmente adotados pela doutrina.

Como se sabe, há muitos modos pelos quais os contratos podem ser agrupados. Em geral, os escritores dedicam um capítulo da teoria geral do contrato ao estudo dos critérios que consideram mais significativos.

Em vista do enfoque aqui proposto, não interessa aprofundar o exame de nenhuma das classificações adiante referidas. É preciso, porém, verificar qual o critério que serve como base para a formulação destas categorias de contratos, agrupadas em torno de elementos que atraem ao seu redor um regime legal específico, sempre que tal critério, de alguma forma, inspira a formulação de critérios alternativos.

Como se tentará demonstrar, as distinções tradicionalmente feitas negligenciam a importância do bem ao qual o contrato se relaciona. O objeto do contrato não é explorado como elemento de caracterização de uma dada classe de contratos, a ser discriminada em função da sua relevância para a satisfação das necessidades básicas da pessoa que contrata.

Darcy Bessone confirma esta hipótese, enumerando classes de contratos que, como ele próprio observa, não elegem como ponto de referência o bem contratado. Tradicionalmente, ensina Darcy Bessone, os contratos classificam-se em:

- a) bilaterais ou sinalagmáticos (perfeitos e imperfeitos) e unilaterais;
- b) onerosos e gratuitos ou interessados e desinteressados;

- c) comutativos e aleatórios;
- d) consensuais, formais e reais, ou solenes e não solenes;
- e) nominados e inominados;
- f) principais e acessórios;
- g) instantâneos e sucessivos;
- h) igualitários e subordinantes;
- i) simples e complexos;
- j) causais e abstratos".⁵⁵⁸

O autor mineiro contrapõe à criteriologia tradicional classificações alternativas, dentre as quais se destaca a classificação proposta por Marcel Planiol, para quem os contratos deveriam dividir-se em:

- "a) contratos relativos *ao trabalho*, como a locação de serviço ou o mandato;
- b) contratos relativos *às coisas*, como a venda, a permuta;
- c) contratos relativos *aos direitos*, como as garantias ou as renúncias".⁵⁵⁹

É particularmente interessante, para os propósitos deste trabalho, o elogio que a classificação acima mereceu por parte de René Demogue. Segundo este autor, a classificação proposta por Planiol apresenta a vantagem de penetrar na natureza do contrato, na medida em que, precisamente, o classifica em função do seu objeto. Em especial, o autor ressalta a vantagem da classificação no que se refere aos contratos de trabalho, já que o trabalho não deve ser equi-

558. Darcy Bessone, *Do Contrato, Teoria Geral*, ob. cit., p. 88-89.

559. M. Planiol, "Classification synthétique des contrats", in *Revue critique*, 1904 apud Darcy Bessone, *Do Contrato, Teoria Geral*, ob. cit., p. 114.

parado a uma mercadoria qualquer.⁵⁶⁰ Para Cunha Gonçalves, porém, o método classificatório de Planiol não lhe parecia "compreensivo", mas o autor português considerou dispensável justificar tal crítica.⁵⁶¹

Darcy Bessone abstém-se de formular uma opinião própria, e não propõe qualquer tipo de atualização do critério "objetivo" a que se referira Planiol. Hoje, estando o contrato de trabalho devidamente singularizado, as classificações contempladas pelos manuais de direito civil permanecem, em geral, ignorando os aspectos referentes à utilidade do bem contratado para o efeito de se classificar o respectivo contrato. É o que se tentará demonstrar através deste breve estudo acerca de algumas das classificações contratuais mais conhecidas.

É importante notar, primeiramente, que nem todas as classes em que os contratos se encontram hoje agrupados merecem expressa referência legislativa. Na verdade, a maior parte das classes referidas por Darcy Bessone são modelos dogmáticos construídos e utilizados pela doutrina como parte de seu empenho em criar as tais "fórmulas persuasivas" a que se refere Tercio Sampaio Ferraz Jr., com o objetivo de "iluminar aquele que deve tomar uma decisão, dando-lhe elementos cognitivos suficientes, como esquemas, sistematizações...".⁵⁶²

560. René Demogue, *Traité des obligations en général*, tome II, Paris: Librairie Arthur Rousseau, 1923, p. 911-912: "*L'avantage qu'elle présente est de qualifier les contrats par leur objet et de pénétrer ainsi davantage leur nature. Cette distinction est particulièrement utile lorsqu'il s'agit du travail qui ne peut être considéré comme une marchandise ordinaire et qui ne peut être l'objet d'un droit comme une chose*".

561. Luiz da Cunha Gonçalves, *Tratado de Direito Civil em Comentário ao Código Civil Português*, vol. IV, Coimbra: Coimbra Editora, 1931, p. 167.

562. V. nota nº 607.

Os contratos bilaterais, por exemplo, são contemplados por disposição expressa do Código Civil, que, no entanto, não os chega a definir.⁵⁶³ Da mesma forma, o Código refere-se textualmente aos contratos onerosos, quando, por exemplo, trata da fraude contra credores (art. 159), e aos aleatórios (arts. 458 a 461).

Situação oposta é observada em relação à classificação dos contratos quanto ao seu modo de formação, que os distingue em reais e consensuais. Com efeito, o Código Civil não chega a referir-se expressamente a estas categorias, o mesmo se constatando em relação às demais categorias enumeradas por Darcy Bessone, que resultam da sistematização criativa da doutrina a partir da identificação de regimes jurídicos diferenciados em função daquelas tantas características individualizadas no curso do empreendimento classificatório.

Mais significativa, porém, é a percepção de que as classificações tradicionais dos contratos estão apoiadas sobre aspectos que não contemplam as diferenças relacionadas às características do bem contratado, especificamente, à sua maior ou menor utilidade existencial.

Contudo, deve-se ir além da constatação de que as classificações usuais têm em vista outros fatores que não o bem contratado. É preciso identificar quais são esses fatores e refletir sobre o significado que tais escolhas, ao excluir o bem contratado, podem ter na análise da teoria contratual como um todo. Para levar a efeito esta análise,

563. "Art. 476. Nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro." O Código Civil francês, diversamente, fixa o conceito nos arts. 1102 e 1103: "*Art. 1.102. Le contrat est synallagmatique ou bilatéral lorsque les contractants s'obligent réciproquement les uns envers les autres. Art. 1.103. Il est unilatéral lorsqu'une ou plusieurs personnes sont obligées envers une ou plusieurs autres, sans que de la part de ces dernières il y ait d'engagement*".

algumas das classes de contratos enumeradas por Bessone são analisadas na seqüência, tendo-se em vista, como fio condutor da análise, somente aqueles aspectos que podem enriquecer a formulação do critério sugerido neste trabalho.⁵⁶⁴

564. Resulta daí que nem todas as classes de contratos mencionadas por Darcy Bessone merecem referência. Assim é que as classificações em consensuais, formais e reais, ou em solenes e não solenes, são desconsideradas. A classificação com base nos pressupostos formais da validade do contrato não guarda qualquer pertinência com a questão de fundo que interessa debater neste trabalho. A matéria, muito mais que contratual, está ligada à forma e à prova dos atos, regulada na Parte Geral do Código Civil (arts. 212 a 232). É dispensável na presente oportunidade, portanto, analisar os aspectos relativos à divisão dos contratos em formais, solenes e não solenes. Da mesma forma, a distinção dos contratos em consensuais e reais, que diz respeito ao modo de formação, tampouco enriquece a formulação do critério de classificação com base no bem contratado. Nos contratos reais — mútuo, por exemplo — a entrega da coisa é considerada imprescindível ao aperfeiçoamento do contrato. É por isso, aliás, que o mútuo se insere dentre os contratos unilaterais, no sentido de que cria obrigações apenas para o mutuário. O mutuante, ao entregar a coisa, está na verdade contribuindo para a própria formação do contrato; neste momento, pois, não há ainda obrigações surgidas do vínculo, pelo fato de que este vínculo só então se estabelece. Assim, a classificação dos contratos em consensuais e reais, de acordo com a doutrina tradicional, é importante para distinguir o momento de formação destas categorias de contratos. Modernamente, porém, a distinção é muito criticada. Assim é que, no Projeto de Código de Obrigações elaborado por Caio Mário da Silva Pereira, a categoria "contratos reais" deixou de existir, pelo que nos contratos de comodato (art. 1.248), mútuo (art. 1.256), depósito (art. 1.265) — contratos reais por não se aperfeiçoarem com o mero consentimento — a *traditio* da coisa passou a ser considerada etapa da execução destes contratos, os quais se considerariam formados *solo consensu*. O novo Código Civil, contudo, permanece fiel à sistemática ainda em vigor, pelo que a teoria contratual deverá curvar-se à distinção consagrada legislativamente, em que pese a inconveniência que se vislumbra em negar executoriedade a pactos voluntariamente assumidos. Para além da constatação de que estas classificações abstraem inteiramente o bem contratado, os critérios

No caso da divisão dos contratos em bilaterais e unilaterais, o critério de distinção incide sobre a estrutura do contrato, a revelar que em alguns contratos as obrigações são criadas para ambas as partes, correlacionando-se mutuamente — é o caso da compra e venda —, e em outros as obrigações só são assumidas por um contratante (*ex uno latere*) — é o caso do contrato de mútuo.

Para os autores — e estes são a maioria — que entendem ser essencial à bilateralidade a caracterização do sinalagma (a determinar que uma obrigação é a causa da outra), o juízo acerca da bilateralidade não se reduz à simples constatação de que existem obrigações para ambos os contratantes. Neste sentido, G. Démolombe advertia: "Ao juiz caberia ponderar as circunstâncias e a importância das prestações, antes de resolver sobre o caráter do contrato", dado que a bilateralidade se refere a obrigações que sejam ao mesmo tempo principais e correlatas.⁵⁶⁵

Em vista dos propósitos desta pesquisa, é importante destacar, a respeito da distinção entre contratos bilaterais e contratos unilaterais, que, mesmo uma classificação cuja

por elas utilizados não ensejam maiores reflexões em vista do propósito deste trabalho. O mesmo ocorrendo, finalmente, com a classificação com base no critério temporal, da qual resultam as classes de contratos instantâneos e sucessivos, conforme a execução se realize de forma imediata, em uma única prestação, ou de forma contínua, quando então "os pagamentos não geram a extinção da obrigação, que renasce" (Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil, Contratos*, vol. III, ob. cit., p. 48). Tampouco será referida a classificação que distingue os contratos em causais e abstratos, a qual não foi acolhida expressamente no novo Código Civil e que, também por isso, provavelmente continuará a despertar intensas controvérsias, as quais, contudo, não se relacionam diretamente à proposta de classificação defendida neste trabalho. Mais significativas são as classes de contratos referidas no texto, cujo exame se revela útil para o fim de se demonstrar a pertinência da classificação que desejamos sugerir.
565. *Apud* Darcy Bessone, *Do Contrato, Teoria Geral*, ob. cit., p. 93.

base seja um elemento estrutural do contrato não se completa com uma análise apriorística e abstrata, sujeitando-se a ser confirmada por um juízo que só pode concluir-se *a posteriori*, fundado nas circunstâncias concretas daquele contrato em particular.

É comum a confusão entre a bilateralidade e a onerosidade.⁵⁶⁶ A confusão desfaz-se ao se pôr a devida ênfase na diversidade dos critérios que embasam uma e outra destas categorias. É a lição de Caio Mário da Silva Pereira:

“Os contratos onerosos comumente são bilaterais, e os gratuitos da mesma forma unilaterais, mas é apenas coincidência. O fundamento das classificações difere: uma tem em vista o conteúdo das obrigações, e outra, o objetivo colimado, não há uma correspectividade necessária, pois que existem contratos unilaterais que não são gratuitos (*ex. gr.* o mútuo), e outros que são bilaterais e podem ser gratuitos (o mandato, por exemplo)”.⁵⁶⁷

Fiel à terminologia empregada, Darcy Bessone identifica como critério de distinção entre os contratos onerosos e gratuitos a distribuição do “ônus”, entendido este como a “vantagem correlata”. Desta forma, temos que é “oneroso o contrato que *onera* as duas partes”.⁵⁶⁸ Ao contrário, “Contrato gratuito é o negócio jurídico em que uma só das partes obtém um proveito”.⁵⁶⁹

566. O próprio Código Civil francês ter-se-ia se confundido, ao definir no art. 1.106: “Art. 1.106. *Le contrat à titre onéreux est celui qui assujettit chacune des parties à donner ou à faire quelque chose*”.

567. Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil, Contratos*, vol. III, ob. cit., p. 46.

568. Darcy Bessone, *Do Contrato, Teoria Geral*, ob. cit., p. 98.

569. Orlando Gomes, *Contratos*, ob. cit., p. 79.

A importância prática da distinção é manifesta. No âmbito, por exemplo, da disciplina da fraude contra credores, as consequências em face do caráter oneroso do contrato são menos enérgicas (art. 159 do CCb). Por outro lado, os contratos benéficos devem ser interpretados restritivamente, nos termos do art. 114 do CCb: “Os negócios jurídicos benéficos e a renúncia interpretam-se estritamente”.

Os contratos onerosos, por sua vez, podem ser comutativos ou aleatórios. Aqui o critério de distinção reside na medida da incerteza em torno da extensão das prestações, apurável no momento da formação do contrato.

A rigor, os contratos cuja execução não seja instantânea contêm necessariamente um certo grau de risco. Nos contratos aleatórios, porém, a álea, seja em relação à existência de uma certa coisa, ou à sua quantidade, ou ainda em relação à ocorrência de um certo evento, é um elemento ontológico. Caio Mário da Silva Pereira ainda alude ao requisito da equivalência relativa das prestações, o que seria uma característica exclusiva dos contratos comutativos.⁵⁷⁰ Ao contrário:

“São *aleatórios* os contratos em que a prestação de uma das partes não é precisamente conhecida e suscetível de estimativa prévia, inexistindo equivalência com a da outra parte. Além disso, ficam dependentes de um acontecimento incerto”.⁵⁷¹

Na base da distinção entre contratos comutativos e contratos aleatórios está a convicção de que, por efeito da

570. A equivalência é *relativa* no sentido de que se trata de uma correspondência subjetiva, de acordo com a valoração que os próprios contratantes determinam, e não de acordo com algum valor objetivamente determinável.

571. Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil, Contratos*, vol. III, ob. cit., p. 47.

autonomia privada, seria válido o contrato pelo qual uma das partes assumisse um risco enorme, tendo chances mínimas de êxito. É neste sentido que Caio Mário da Silva Pereira e Orlando Gomes assinalam a incompatibilidade entre os contratos aleatórios e a rescisão lesionária.⁵⁷²

Porém, nos quadros de uma teoria contratual mais sensível ao conteúdo do contrato, que não mais se ocupa exclusivamente do processo de formação da vontade contratual, argumenta-se que, mesmo nos contratos aleatórios, é possível divisar um campo para a aplicação do instituto da lesão:

"Efetivamente, as *chances* podem ser ridículas, sem correspondência com a prestação certa dos contratantes, inspirando-se a convenção tão-somente em condenável propósito de exploração da necessidade, inexperiência ou leviandade de quem a realize".⁵⁷³

Esta posição favorável à admissão da rescisão lesionária também em contratos aleatórios foi explorada por Anelise Becker, concluindo a autora que:

"Em regra, portanto, deve-se admitir a invalidade por lesão nos contratos aleatórios quando a vantagem que obtém uma das partes é excessiva, desproporcional à *álea normal* do contrato, desde que (...) essa vantagem se produza mediante o aproveitamento da necessidade, leviandade ou inexperiência do co-contratante".⁵⁷⁴

572. Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil, Contratos*, vol. III, ob. cit., p. 48, e Orlando Gomes, *Contratos*, ob. cit., p. 81, entre outros.

573. Darcy Bessone, *Do Contrato, Teoria Geral*, ob. cit., p. 271.

574. Anelise Becker, *Teoria Geral da Lesão nos Contratos*, ob. cit., p. 98.

Nota-se, portanto, que os efeitos da classificação dos contratos em aleatórios e comutativos devem ser revistos à luz da vulnerabilidade da parte contratante — necessidade, leviandade, inexperiência —, o que, ao tempo da formulação original desta classificação, era um aspecto não valorado.

É igualmente interessante, em vista dos nossos propósitos, atentar para a classificação dos contratos em acessórios e principais, pelo fato de esta classificação se apropriar de um critério formulado no âmbito da classificação dos bens — bens reciprocamente considerados — e o transpor para o âmbito contratual. *Mutatis mutandis*, este mesmo tipo de recurso lógico-sistemático (o de inter-relacionar ambas as classificações dos contratos e dos bens) é aqui invocado para propor a classificação dos contratos com base no critério da utilidade existencial do bem contratado.

A distinção seguinte, a opor contratos igualitários e subordinantes, é descrita por Darcy Bessone nos seguintes termos: "Nos *igualitários*, as partes se apresentam em posição de igualdade, sem que uma se subordine à outra. Nos *subordinantes*, uma deve observar as ordens ou instruções da outra".⁵⁷⁵

Darcy Bessone foi buscar esta distinção na obra clássica de Cunha Gonçalves.⁵⁷⁶ Não surpreende, pois, que a idéia de subordinação seja aqui considerada em vista da estrutura abstrata do tipo contratual, sem nenhuma relação com fatores reais, situacionais, de desequilíbrio. Tanto é assim

575. Darcy Bessone, *Do Contrato, Teoria Geral*, ob. cit., p. 112.

576. Luiz da Cunha Gonçalves, *Tratado de Direito Civil em Comentário ao Código Civil Português*, ob. cit., p. 166: "Os contratos, em regra, sobretudo os bilaterais onerosos, são *igualitários*, porque as duas partes figuram neles em posições iguais, fazendo cada uma à outra uma prestação equivalente da que recebe. Em certos contratos, porém, uma das partes fica, em grande parte dos seus actos, subordinada à vontade ou autoridade da outra; é o que se vê no mandato, na comissão (...)".

que são exemplos de contratos subordinantes o mandato, a comissão e a locação de serviços,⁵⁷⁷ que têm em comum, na sua modelação abstrata, a instituição de uma relação entre autoridade e autorizado.

Mais à frente (Item 6), ao se examinar de que modo a tipologia contratual reflete o princípio de proteção ao contratante vulnerável, verificar-se-á que a noção de igualdade e de subordinação será diversa: não mais se restringirá ao exame da estrutura do tipo abstrato de contrato, tornando-se relevante o contexto social em que o mesmo está inserido.

Retomando a seqüência de categorias elaborada por Darcy Bessone, segue-se a classificação dos contratos em simples e complexos, a qual tem em vista o problema da tipificação e, na prática, o problema da determinação do regime jurídico aplicável. Os contratos complexos, em que se encontram simultaneamente presentes aspectos relativos a tipos (simples) diversos, suscitam problemas quanto à determinação das normas aplicáveis. Não é uma classificação, porém, que em si mesma seja de interesse para o fim de comparar os critérios usuais àqueles novos critérios de classificação dos contratos. Vale ressaltar, porém, que a tipificação, como instrumento de determinação do regime contratual aplicável, está presente, na verdade, em qualquer esquema classificatório. Assim é que, na classificação proposta neste trabalho, a tipificação de um contrato em razão de certas características do bem contratado será um instrumento para definir o regime contratual daquele "tipo" particular de contrato. Deve-se ainda ressaltar, a propósito, que o procedimento de tipificação do contrato e de interpretação das normas aplicáveis constitui um procedimento único, embora complexo. Como bem esclarece

577. Darcy Bessone, *Do Contrato, Teoria Geral*, ob. cit., p. 112.

Pietro Perlingieri: "Interpretação e qualificação não são entidades ontológicas estanques, dois momentos que têm objetos diversos, mas são expressões e aspectos de um mesmo processo cognitivo que nele encontra o seu unitário modo de atuação".⁵⁷⁸

* * *

A que conclusões se chega após o exame de algumas das mais conhecidas classes em que se agrupam os contratos? Em primeiro lugar, percebe-se que as classificações podem sobrepor-se e explicar-se mutuamente. Entende a doutrina que, por exemplo, os contratos onerosos são, em geral, bilaterais, os aleatórios, sempre.⁵⁷⁹ Por outro lado, como já antes assinalado, a caracterização dos contratos em simples e complexos, integrando o procedimento de tipificação, leva em conta todos os critérios postos em destaque pelas demais classificações. Observa-se, ainda, que algumas das classificações repousam diretamente na intenção das partes, o que sugere que tais classificações venham a ser revistas como uma consequência das mudanças sofridas na concepção da autonomia privada. Isto foi especialmente destacado a respeito da classificação dos contratos em aleatórios

578. Pietro Perlingieri, *Perfis do Direito Civil*, ob. cit., p. 101. Em sentido contrário, Fábio Konder Comparato, ao discorrer sobre o procedimento de qualificação em geral, afirma tratar-se de definir: "... uma situação de fato perante o Direito, ou melhor, a sua identificação com o tipo ou modelo previsto como hipótese de incidência da norma. O problema da qualificação é, com efeito, preliminar à tarefa de aplicação das normas jurídicas em geral" (Fábio Konder Comparato, "A Cessão de Controle Acionário é Negócio Mercantil?", in *Revista de Direito Mercantil*, n° 37, São Paulo: Revista dos Tribunais, jan.-mar. 1980, p. 113).

579. Para Caio Mário da Silva Pereira (*Instituições de Direito Civil, Contratos*, vol. III, ob. cit., p. 47) e Orlando Gomes (*Contratos*, ob. cit., p. 80), os contratos aleatórios são espécie do gênero contratos bilaterais.

e comutativos no que se refere à aplicabilidade do instituto da lesão. Foi também possível constatar que, mesmo quando o critério de classificação enfoca a estrutura do contrato — como é o caso da distinção entre contratos bilaterais e unilaterais — não se pode prescindir de uma análise funcional daquele contrato em particular, de modo a se verificar a existência ou não do sinalagma.

Mas a conclusão mais importante é a de que, além de ser desconsiderado o dado objetivo do contrato, é igualmente desconsiderada a função que o mesmo exerce como instrumento de satisfação de necessidades básicas da pessoa do contratante. Isto significa que, com base na tipologia tradicional, o contrato de compra e venda, por exemplo, de uma jóia e de um remédio é um mesmo e único contrato; o contrato de prestação de um serviço essencial, como o serviço de assistência médica, ou de um serviço de entretenimento, idem. Ou seja, as classificações usuais não levam em conta a influência que o interesse não-patrimonial deve exercer na individualização da normativa aplicável às diversas situações contratuais. São desprezados, portanto, elementos materiais da maior importância social, atendo-se a dogmática a diferenciações que concebem a relação contratual como um vínculo abstrato, estabelecido entre sujeitos abstratamente iguais, com total indiferença pelo bem contratado.

Trata-se, como não poderia deixar de ser, de um reflexo, no âmbito contratual, do mesmo processo que se verifica em relação ao estudo da obrigação como categoria a-histórica, neutra e "pura" relativamente à conjuntura social:

"No empenho de individuar uma noção de obrigação no singular, freqüentemente se é induzido a concebê-la como um puro esquema conceitual, excluindo do seu

interior aquelas variáveis destinadas a influir em uma diversificação. *Disso deriva a preferência à acentuação do perfil e das classificações inspiradas na estrutura: a obrigação se configura como relação entre credor e devedor, entre crédito e dívida, com conteúdos inevitavelmente variáveis, mas, na realidade, ininfluentes na pureza da noção*" (grifou-se).⁵⁸⁰

Como visto, à luz dos arquétipos tradicionais, a função exercida pelo contrato em relação à esfera existencial do contratante não constitui um critério juridicamente relevante. Este trabalho defende, ao contrário, que a tipologia contratual, tendo em vista a sua importância para o efeito de se individuar a normativa aplicável, não deveria deixar de diferenciar os contratos à luz da correlação de interesses existenciais e patrimoniais que neles se apresenta. Afinal, como ensina Pietro Perlingieri: "Para cada ordem de interesses deve ser individuada, sem preconceitos, a normativa a ser aplicada mediante um autônomo e unitário procedimento de interpretação e de qualificação do fato causativo, dos seus efeitos, voluntários e/ou legais, respeitando as peculiaridades e os reais interesses e valores envolvidos".⁵⁸¹

Neste sentido, procura-se a seguir ilustrar de que forma a evolução mais recente da tipologia contratual sinaliza para o aparecimento de novas classes de contrato cujo critério individualizante, ao invés de privilegiar apenas a forma, desce à substância do vínculo contratual, criando-se meios de distinguir os contratos à luz das necessidades concretas dos contratantes e, conseqüentemente, à luz da desigualdade de poder negocial entre os mesmos. Pode-se assim afirmar que aquele modo de ver o contrato próprio

580. Pietro Perlingieri, *Perfis do Direito Civil*, ob. cit., p. 206.

581. Pietro Perlingieri, *Perfis do Direito Civil*, ob. cit., p. 209.

da teoria clássica, que o reduzia a esquemas conceituais deslocados da realidade concreta das pessoas dos contratantes, encontra hoje fundamentos para a sua superação. Neste exato sentido, afirma Hugh Collins:

"... there has been a shift in the scope of reasoning and the complexity of the system of classification. The scope becomes broader as the courts acknowledge the relevance of a greater diversity of considerations. The system of classification becomes complex as different types of contractual relations receive differentiated treatment. In short, the formalism and unity of the classical law is replaced by contextual legal reasoning" (grifou-se).⁵⁸²

Inspira-se nesta nova ordem de idéias a categoria dos "contratos de adesão", que, como será demonstrado a seguir, se justifica como um instrumento de tutela do contratante aderente. Com efeito, o fato de um contrato ser classificado como "de adesão" faz com que se lhe aplique um regime diferenciado, caracterizado pela proteção ao "aderente". Ao lado desta classe de contratos, e fundando-se na mesma lógica, propõe-se que os contratos se distingam em contratos incidentes sobre bens essenciais, úteis ou supérfluos, o que, em última instância, constitui uma forma complementar de dar eficácia à tutela da parte contratante vulnerável.

582. Hugh Collins, *The Law of Contract*, ob. cit., p. 37. Em tradução livre da autora, lê-se que houve uma mudança no escopo do raciocínio e na complexidade do sistema de classificação. O escopo torna-se mais amplo à medida que os tribunais reconhecem a relevância de uma diversidade maior de considerações. O sistema de classificação torna-se complexo à medida que diferentes tipos de relações contratuais recebem tratamento diferenciado. Resumidamente, o formalismo e a unidade do direito clássico são substituídos pelo raciocínio jurídico contextualizado.

7.1. Contratos de adesão⁵⁸³

Todo o modelo de classificação incide sobre uma realidade já estabelecida; a classificação dos contratos de adesão não foge a esta regra. De fato, como resumiu Pontes de Miranda: "... a 'idéia' não passa à frente da realidade, à maneira platônica; a realidade da vida é que enche o conceito".⁵⁸⁴ A realidade do contrato de adesão está ligada à massificação da produção e distribuição dos bens, à qual se associa a "rarefacção do espaço de afirmação individualizada de interesses por via negocial".⁵⁸⁵ Enzo Roppo, após uma minudente relação dos efeitos propiciados pela utilização dos contratos de adesão,⁵⁸⁶ conclui:

583. "*Contractes d'adhésion*" foi como se referiu originalmente Saleilles (apud Orlando Gomes, *Contratos*, ob. cit., p. 120), cuja influência se faz sentir também nos sistemas da *common law*. Com efeito, a definição de Saleilles, difundida por Planiol e Ripert, está presente, por exemplo, no trabalho de John N. Adams, que explicitamente recorre à doutrina francesa para definir os contratos de adesão como "... *preformulated stipulations in which the offeror's will is predominant and the conditions are dictated to an undetermined number of acceptants not the individual party*" ("Unconscionability and the Standard Form Contract, in *Welfarism in Contract Law*, ob. cit., p. 230-247, p. 231). Seria porém mais correto dizer-se "por" adesão, como nota Caio Mário da Silva Pereira: "... nós preferimos chamar de *contrato por adesão*, atendendo que se constitui *pela adesão* da vontade de um oblato indeterminado à proposta permanente do policitante ostensivo" (Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil, Contratos*, vol. III, p. 51). O uso, contudo, inclusive com o reforço de expressas referências legais, consagrou a expressão "contrato de adesão".

584. Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado, Parte Geral*, tomo 2, Campinas: Bookseller, 2000, p. 96.

585. Joaquim de Sousa Ribeiro, *O Problema do Contrato...*, ob. cit., p. 643.

586. Enzo Roppo, *O Contrato*, ob. cit., p. 314-315. Em resumo, este modo de contratar agiliza o processo de conclusão do negócio e propicia formas mais eficientes de controle em favor da empresa — quer em relação a seus,

"Por todas essas razões, não há dúvida de que o emprego difundido de contratos *standard* constitui produto ineliminável da moderna organização da produção e dos mercados, na exacta medida em que funciona como decisivo *factor de racionalização e de economicidade da actuação empresarial*".⁵⁸⁷

Instrumento de uniformização das cláusulas contratuais, o contrato de adesão é caracterizado em referência às relações de consumo — estas últimas também constituintes de uma nova categoria jurídica, em torno da qual se tem desenvolvido um verdadeiro e próprio sistema de regras e princípios. O contrato de adesão tem por objeto a aquisição e utilização de toda a sorte de bens, de eletrodomésticos à prestação de serviços públicos, de atividades financeiras — bancárias e de seguro — aos serviços de transporte, em suas mais variadas modalidades. Caracteriza-se pelo modo de sua formação: "O consentimento manifesta-se como simples *adesão* a conteúdo preestabelecido da relação jurídica".⁵⁸⁸

Outras tantas características, contudo, consideram-se fundamentais para a correta conceituação deste tipo de contrato. Em especial, os autores ressaltam a uniformidade e o caráter abstrato das cláusulas unilateralmente preestabelecidas pelo ofertante. A comparação entre os sistemas normativos demonstra que a designação do fenômeno varia

funcionários e auxiliares, que não têm autonomia para negociar particularmente as cláusulas contratuais, quer em relação aos contratantes, dada a homogeneização das condições (prazo, formas de pagamento etc.). Por outro lado, esta espécie de "Direito" que se vai formando como alternativa às normas legais tem ainda a vantagem de refletir com maior fidelidade e rapidez as necessidades do mercado, remediando as falhas do regulamento expresso legalmente.

587. Enzo Roppo, *O Contrato*, ob. cit., p. 316.

588. Orlando Gomes, *Contratos*, ob. cit., p. 118.

conforme o aspecto que se ponha em realce: (i) ora se acentuando a uniformidade e a abstração das cláusulas (contratos *standard*); (ii) ora a circunstância de que são predeterminadas e se destinam a uma série indefinida de contratações (condições gerais de contratação); (iii) ora a preponderância da vontade de um dos contratantes, à qual o outro apenas adere (contratos de adesão).

Não há dúvida, porém, que a individualização do contrato de adesão nunca foi pacífica. A esse respeito, Orlando Gomes relacionou seis modos distintos de caracterizar esta espécie de contrato:

"O conceito de *contrato de adesão* torna-se difícil em razão da controvérsia persistente acerca do seu traço distintivo. Há, pelo menos, seis modos de caracterizá-lo. Distinguir-se-ia, segundo alguns, por ser oferta a uma coletividade, segundo outros, por ser obra exclusiva de uma das partes, por ter regulamentação complexa, porque preponderante a posição de uma das partes, ou não admitir discussão a proposta, havendo quem o explique como o instrumento próprio da prestação dos serviços privados de utilidade pública".⁵⁸⁹

As incertezas em torno do reconhecimento deste modo de contratar como uma categoria dogmática podem estar relacionadas ao estremecimento que a difusão de semelhante prática contratual provocou na teoria clássica, que supunha que as vontades de ambos os contratantes tivessem a função de constituir e ordenar os termos contratuais de uma forma justa e equilibrada. Neste sentido, afirma Luiz Roldão de Freitas Gomes:

"... foram os contratos de adesão, ante sua larga proliferação, responsáveis pela apontada crise, ou augurada

589. Orlando Gomes, *Contratos*, ob. cit., p. 128.

morte, do contrato sob perspectiva do individualismo jurídico, que só o concebia como livre pactuação do conteúdo diretamente pelas partes, antecedida, muitas vezes, de tratativas".⁵⁹⁰

Luiz Diez-Picazo, ao tratar dos efeitos da massificação social sobre o direito privado e, aqui, sobre o direito contratual em particular, é enfático ao apontar o rompimento com o paradigma de contrato levado em conta pela teoria clássica:

*"De hecho, el esquema del contrato en masa y la estandarización de la materia contractual rompen el paradigma del contrato, que tenía 'in mente' la doctrina tradicional. El presupuesto ideológico de la igualdad de los contratantes no pasa de ser una quimera. El contrato no es ya una regla de conducta, obra común de ambas partes. Es algo que una de ellas tien que limitarse a admitir, en virtud de una situación de necesidad y, por tanto, algo que le viene previamente impuesto".*⁵⁹¹

Tanto é assim que, durante algum tempo, houve quem resistisse a admitir que um ajuste não negociado, unilateralmente formulado, pudesse ainda assim caracterizar-se como um contrato. É o que, inspirado pela doutrina italiana, Darcy Bessone observa:

"A contestação do caráter contratual da figura em exame funda-se, segundo Girdano, em uma concepção in-

590. Luiz Roldão de Freitas Gomes, *Contrato*, Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 73.

591. Luiz Diez-Picazo, *apud* José Reinaldo de Lima Lopes, *Responsabilidade Civil do Fabricante e a Defesa do Consumidor*, ob. cit., p. 42-43, nota 6.

dividualista do contrato, à qual se contrapõe agora uma outra concepção, segundo a qual ele se tornou, sob o influxo das exigências da economia organizada, um fato social".⁵⁹²

Mas tal resistência encontra-se superada. A "morte do contrato", na fórmula tornada célebre por Grant Gilmore,⁵⁹³ é hoje reconhecida como indicando a agonia de um dado modelo contratual, i.e. o modelo clássico, este sim contrastante com o modelo de contrato de adesão.

De fato, a difusão de contratos não precedidos por uma negociação, sendo antes resultado da mera aceitação de uma parte — a parte aderente — às cláusulas previamente estabelecidas pela outra e destinadas a uma universalidade indistinta de possíveis contratantes, deixou patente a inadequação do modelo contratual clássico, em que se postulava, ao contrário, que o ajuste contratual resultaria da livre negociação entre pessoas dotadas de igual capacidade jurídica — igualdade esta que garantiria a equiparação da capacidade negocial de ambos os contratantes. Conforme o modelo clássico, desconsiderava-se, por ser jurídico-contratualmente irrelevante, a disparidade do poder negocial quanto à estipulação do conteúdo do contrato. Ao revés, atentando-se para os traços distintivos do contrato de adesão, ficou evidenciada a insuficiência, ou mesmo a inadequação, de classificações baseadas em critérios apenas formais, e, nesta medida, impermeáveis a injunções socioeconômicas fundamentais para a compreensão do fenômeno contratual.

Assim, a prática contratual em exame, a ser categorizada juridicamente como "contrato de adesão", representou,

592. Darcy Bessone, *Do Contrato, Teoria Geral*, ob. cit., p. 77.

593. "Death of Contract", consultado na versão italiana *La morte del contratto*, trad. Andrea Fusaro, Milano: Giuffrè, 1988.

sob diversos pontos de vista, uma ruptura na ordem contratual dita clássica. Neste sentido, Alberto do Amaral Jr. elenca os pontos principais do abalo conceitual que o contrato de adesão provocou sobre o paradigma clássico:

"Com o aparecimento e proliferação dos contratos de massa, a liberdade de escolher o outro contratante torna-se muito limitada, além de possuir reduzida importância prática, pois não existem variações significativas entre os contratos elaborados pelo predisponente. (...) Analogamente, relativiza-se a liberdade do indivíduo de contratar ou não contratar. Quando se trata da aquisição de bens necessários à própria sobrevivência, esta passa a ser uma escolha imposta a que o consumidor não pode subtrair-se.

De modo semelhante, a liberdade como autonomia das partes para estabelecer os conteúdos contratuais praticamente deixou de existir nos contratos de massa. As cláusulas contratuais são predeterminadas unilateralmente mediante a elaboração de esquemas uniformes, que deverão se repetir em todos os contratos celebrados pela empresa. Os contratos de massa suprimem as negociações prévias, cabendo ao aderente aceitar ou recusar em bloco o regulamento contratual que lhe é apresentado. O traço essencial que os singulariza não é tanto a diferença econômica entre as partes, mas o poder de estabelecer unilateralmente as cláusulas que farão parte do instrumento contratual".⁵⁹⁴

594. Alberto do Amaral Jr., *Proteção do Consumidor no Contrato de Compra e Venda*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 115. Também discorre sobre a relação entre o contrato de adesão e a teoria contratual clássica Silvo Neves Baptista, "A Crise do Contrato", in *Revista de Direito Civil*, nº 32, São Paulo: Revista dos Tribunais, abr.-jun. 1985, p. 22-35, especialmente p. 27.

Como bem ressalta Alberto do Amaral Jr. na citação acima, o contrato de adesão apresenta como traço essencial uma diferença entre as partes no que se refere ao poder, que uma tem e a outra não tem, de definir o conteúdo do contrato. É própria do contrato de adesão a discrepância da força da vontade de cada um dos contratantes. Orlando Gomes chega ao ponto de restringir — o que a lei atualmente não faz (ver *infra* as referências legislativas) — o uso da qualificação "de adesão" somente para aqueles contratos que, dadas certas circunstâncias, não poderiam deixar de ser celebrados pelo aderente:

"Para haver *contrato de adesão* no exato sentido da expressão, não basta que a relação jurídica se forme sem prévia discussão, aderindo uma das partes à vontade da outra. Muitos contratos se estipulam desse modo sem que devam ter essa qualificação. A predominância eventual de uma vontade sobre a outra e até a determinação unilateral do conteúdo do contrato não constituem novidade. Sempre que uma parte se encontra em relação à outra numa posição de superioridade, ou, ao menos, mais favorável, é normal que queira impor sua vontade, estabelecendo as condições do contrato. A cada momento isso se verifica, sem que o fato desperte a atenção dos juristas, justo porque essa adesão se dá sem qualquer constrangimento se a parte pode dispensar o contrato. O que caracteriza o contrato de adesão propriamente dito é a circunstância de que aquele a quem é proposto não pode deixar de contratar, porque tem necessidade de satisfazer a um interesse que, por outro modo, não pode ser atendido. Assim, quem precisa viajar, utilizando-se de determinado meio de transporte, há de submeter-se às condições estipuladas pela empresa transportadora, pois não lhe resta outra possibilidade de realizar o intento. A alternativa é contratar

ou deixar de viajar, mas se a viagem é necessária, está constringido, por essa necessidade, a aderir às cláusulas fixadas por aquele que pode conduzi-lo. Esse constringimento não configura, porém, *coação*, de sorte que o contrato de adesão não pode ser anulado por esse vício do consentimento" (grifou-se).⁵⁹⁵

Para Orlando Gomes, portanto, o aderente não se definiria como o contratante que aceita como um todo o conjunto de condições preestipuladas pelo ofertante, mas, mais precisamente, aquele que *precisa* fazê-lo.⁵⁹⁶ Compartilhando um entendimento semelhante, Enzo Roppo também associa o contrato de adesão a certas conjunturas socioeconômicas às quais estaria ligada a *necessidade* de o aderente contratar e, nesta exata medida, a necessidade de ser o mesmo protegido. O aderente, observa Enzo Roppo:

"... não é livre — como vimos — de discutir e contribuir para determinar o conteúdo do regulamento contratual; mas não é livre, sequer, na alternativa de contratar ou não contratar, porque *quando a adesão ao contrato standard constitui o único meio de adquirir bens ou serviços essenciais e indispensáveis à vida de todos os dias, trata-se, na realidade, de uma escolha obrigada*; e, muitas vezes, por fim, não é livre, nem mesmo na

595. Orlando Gomes, *Contratos*, ob. cit., p. 131.

596. Neste mesmo sentido, afirma José Reinaldo de Lima Lopes: "A subordinação dos consumidores perante os fornecedores, que nos interessa particularmente, dá-se porque o consumidor não é livre para contratar. Se quiser satisfazer determinadas necessidades, o consumidor está de fato obrigado a adquirir determinados bens, mesmo não podendo barganhar os termos da troca: modelo, preço, quantidade, vêm, diversas vezes, determinados de maneira irrevogável quer pelo fabricante quer pelo fornecedor" (José Reinaldo de Lima Lopes, *Responsabilidade Civil do Fabricante e a Defesa do Consumidor*, ob. cit., p. 42).

individualização do parceiro com quem contratar: *isto acontece todas as vezes que tais bens ou serviços são oferecidos ao público por uma empresa em posição de monopólio*" (grifou-se).⁵⁹⁷

E ainda, na experiência da *common law*, o fenômeno é percebido de forma semelhante, incorporando-se ao conceito de contratante fraco o da *necessidade de contratar*.⁵⁹⁸

Contudo, a definição legal de contrato de adesão em vigor no direito positivo brasileiro é do tipo negativo: define-se o contrato de adesão por aquilo que ele *não* é, ou seja, um contrato que não é negociado bilateralmente. Não consta da definição legal o elemento tão bem salientado por Orlando Gomes, referente à necessidade de contratar. A situação de monopólio e o caráter essencial do produto ou do serviço contratados tampouco são componentes incorporados ao enunciado que consta do CDC.⁵⁹⁹

597. Enzo Roppo, *O Contrato*, ob. cit., p. 317.

598. É o que demonstram as referências feitas por José Reinaldo de Lima Lopes a *leading cases* acerca da matéria. É o caso da decisão proferida em *Henningsen v. Bloomfield Motor Co.* (161 A.2d 69 — N.J. 1960), comentada na sua obra *Responsabilidade Civil do Fabricante e a Defesa do Consumidor* (ob. cit., p. 43, nota 8). Ali, a propósito dos limites da garantia oferecida pelo fabricante de um automóvel adquirido pelo autor da ação por meio de um contrato de adesão, firmou-se o entendimento de que: "*Basically, the reason a contracting party offering services of a public or quasi-public nature has been held to the requirements of fair dealing, and, when it attempts to limit its liability, of securing the understanding consent of the patron or consumer, is because members of the public generally have no other means of fulfilling the specific need represented by the contract. Having in mind the situation in the automobile industry as detailed above, and particularly the fact that the limited warranty extended by the manufacturers is a uniform one, there would appear to be no just reason why the principles of all of the cases set forth should not chart the course to be taken here.*"

599. Embora, na jurisprudência, se encontrem acórdãos em que a caracterização de um dado contrato como de adesão tem a ver, diretamente, com

“Art. 54. 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.

§ 1º. A inserção de cláusula no formulário não desfigura a natureza de adesão do contrato.

§ 2º. Nos contratos de adesão admite-se cláusula resolutória, desde que alternativa, cabendo a escolha ao consumidor, ressaltando-se o disposto no § 2º do artigo anterior.

§ 3º. Os contratos de adesão escritos serão redigidos em termos claros e com caracteres ostensivos e legíveis, de modo a facilitar sua compreensão pelo consumidor.

a natureza do bem contratado. Neste sentido, o Ministro Carlos Alberto Menezes Direito já teve oportunidade de sustentar em um de seus votos que: “O contrato assinado entre as partes não estava subordinado ao Sistema Financeiro da Habitação. Trata-se, no caso, de contrato de compra e venda subordinado à vontade das partes. Para o conceito do contrato de adesão (...) torna-se necessário examinar as circunstâncias concretas para saber se poderia, ou não, o consumidor discutir ou modificar substancialmente o seu conteúdo. Certamente que, se fosse o contrato celebrado sob o regime do Sistema Financeiro da Habitação, com regras aprovadas pela autoridade pública competente, sem dúvida, de adesão seria o contrato, abrangido pela primeira parte do art. 54 do Código de Defesa do Consumidor. Mas, não sendo, estando, assim, a operação de compra e venda no campo do mercado, em tese, não se poderia afirmar tratar de contrato de adesão. *Todavia, há uma circunstância que deve pesar para a sua configuração como tal. O contrato é de habitação popular, apartamento em conjunto habitacional, com área útil ínfima de cerca de 39m², sem elevadores e sem qualquer equipamento de lazer. Ora, o adquirente de tal unidade fica inteiramente subordinado ao contrato apresentado pelo vendedor, não tendo capacidade para ‘discutir ou modificar o seu conteúdo’. Em tal situação, parece-me que o contrato mereça a configuração de adesão, por definição legal”* (Voto vista do Ministro Carlos Alberto Direito, REsp. nº 59.870-SP, 3ª T., Rel. Min. Ari Pardengler, v. u., j. 16.11.1999, grifou-se).

§ 4º. As cláusulas que implicarem limitação de direito do consumidor deverão ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão” (grifou-se).⁶⁰⁰

600. O art. 18 do CDC também faz referência expressa aos “contratos de adesão” a fim de determinar a obrigatoriedade de ser celebrada em separado, com anuência expressa do consumidor, cláusula que modifique os prazos a que se refere o dito dispositivo, em matéria de responsabilidade por vício do produto ou do serviço: “Art. 18. Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com as indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas. § 1º Não sendo o vício sanado no prazo máximo de trinta dias, pode o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha: I — a substituição do produto por outro da mesma espécie, em perfeitas condições de uso; II — a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos; III — o abatimento proporcional do preço. § 2º Poderão as partes convencionar a redução ou ampliação do prazo previsto no parágrafo anterior, não podendo ser inferior a sete nem superior a cento e oitenta dias. Nos contratos de adesão, a cláusula de prazo deverá ser convencionada em separado, por meio de manifestação expressa do consumidor” (grifou-se). A Lei nº 9.307/96 — chamada Lei da Arbitragem — também contém uma referência expressa à figura do contrato de adesão, em que ressalta a mesma preocupação de se fortalecer a posição negocial do aderente: “Art. 4º, § 2º. Nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula”. Acerca do conflito entre a Lei de Arbitragem e o CDC, v. Antonio Junqueira de Azevedo, para quem: “... nas relações em que o consumidor é parte, o compromisso é sempre permitido e deve obedecer às regras do Código de Defesa do Consumidor; a cláusula compromissória, por sua vez, continua proibida, por força do inc. VII do art. 51 do CDC, não revogado. Já nas relações entre não-consumidores, tratando-se de contratos de adesão, há de aplicar o § 2º do art. 4º da Lei de

No entanto, ainda que a necessidade de contratar não integre o núcleo conceitual do contrato de adesão — tal como o mesmo é definido legalmente —, é inegável que este contrato, uma vez categorizado como um tipo específico, explicita na teoria contratual o problema da desigualdade entre os contratantes. É esta desigualdade o que torna legítima a imposição de medidas de tutela ao aderente. Assim, mesmo que se divirja acerca dos fatores a serem levados em conta como determinantes da debilidade do aderente, o fato é que a categoria em si de contrato de adesão é já uma inequívoca expressão de como a desigualdade entre os contratantes, outrora irrelevante, se transformou em um ponto de referência para a imputação de efeitos jurídicos da maior importância.

De fato, em torno da figura em exame gravitam uma série de reflexões que têm como principal objeto a definição de práticas abusivas ligadas a esta forma de contratação. Neste sentido, anota Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano:

"A contratação em massa, especialmente através do contrato de adesão, embora não sendo a fonte exclusiva de todos os males contratuais, representa, sem dúvida, o modo mais comum de desequilíbrio, de abuso e de

Arbitragem; a cláusula compromissória vale, se negociada ou devidamente salientada no texto contratual" ("A Arbitragem e o Direito do Consumidor", in *Revista de Direito do Consumidor*, nº 23-24, São Paulo: Revista dos Tribunais, jul.-dez. 1997, p. 33-40.) O novo Código Civil não chega a definir o contrato de adesão, mas acolhe a categoria dogmática a fim de lhe atribuir certos efeitos: "Art. 423. Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente. Art. 424. Nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio".

exploração na contratação. E entre suas vítimas principais está o consumidor".⁶⁰¹

Cesare Massimo Bianca também salienta a necessidade de se evitarem os abusos que a contratação por adesão tende a perpetrar em detrimento do "contratante débil":

"L'ordinamento non può rimanere indifferente di fronte al fenomeno delle condizioni generali poiché l'incontrolato potere di manipolazione dei rapporti contrattuali non è casuale ed episodico ma caratterizza ormai tutta l'attività imprenditoriale ed esprime una situazione di diseguaglianza socio-economica delle categorie dei consumatori che esige un intervento dello Stato in attuazione del principio costituzionale di eguaglianza sostanziale (3 Cost.).

Il problema che si pone è allora quello di un controllo sostanziale delle condizioni generali che valga a tutelare gli aderenti contro la regolamentazione abusiva dei rapporti contrattuali, e cioè contro l'abusivo aggravamento della posizione del contraente debole" (grifou-se).⁶⁰²

601. Apud Antonio Herman V. Benjamin, em nota (nº 34) constante da apresentação à obra já citada de Alberto do Amaral Jr., *Proteção do Consumidor no Contrato de Compra e Venda*.

602. C. Massimo Bianca, *Diritto civile, Il contratto*. Milano: Giuffrè, 1998, p. 370. Em tradução livre da autora, lê-se que o ordenamento não pode permanecer indiferente diante do fenômeno das condições gerais, pois o descontrolado poder de manipulação das relações contratuais não é casual e episódico, mas agora caracteriza toda a atividade empresarial e exprime uma situação de desigualdade socioeconômica das categorias dos consumidores, a qual exige uma intervenção do Estado de forma a atuar o princípio constitucional da igualdade substancial (...). O problema que se põe é então o de um controle substancial das condições gerais que passe a tutelar os aderentes contra a regulamentação abusiva das relações contratuais, isto é, contra o abusivo agravamento da posição do contratante fraco.

Outra não é a perspectiva, entre nós, de Paulo Luiz Neto Lôbo, ao identificar precisamente a "fonte inspiradora" do regime especial conferido a essa espécie de contrato:

"A legislação sobre os direitos do consumidor e sobre o regime das condições gerais tem essa fonte inspiradora. A desigualdade real entre uma organização econômica e o contratante isolado é um fato que não é lícito ao direito desconhecer, *cabendo-lhe reforçar a posição do mais fraco* para que o poder do mais forte não se transforme em poder de império, apenas admissível ao Estado" (grifou-se). (...)

"O predisponente está numa posição forte porque as condições gerais resultam de uma previsão refletida, alicerçada na experiência de sua atividade organizada e de operações reiteradas, ao passo que o aderente realiza normalmente uma operação avulsa, confiante na razoabilidade das condições. Acresce que o aderente duvida, freqüentemente, de sua capacidade técnica de entender as fórmulas complicadas que são empregadas. De qualquer modo, mesmo que as compreendesse, só lhe restaria a perspectiva de uma discussão inútil com um empregado ou representante do predisponente, sem poderes para modificações".⁶⁰³

Claudia Lima Marques, em síntese, define:

"Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas são preestabelecidas unilateralmente pelo parceiro contratual economicamente mais forte (fornecedor), *ne varietur*, isto é, sem que o outro parceiro possa discutir ou modi-

603. Paulo Luiz Neto Lôbo, *Condições Gerais dos Contratos e Cláusulas Abusivas*, São Paulo: Saraiva, 1991, p. 197.

ficar substancialmente o conteúdo do contrato escrito" (grifou-se).⁶⁰⁴

Na esteira da individualização desta espécie de contrato como uma espécie em que se patenteia a predominância da vontade de um contratante sobre a do outro, abre-se espaço para a imposição de valores que antes não penetravam no âmbito contratual, hermeticamente protegido sob a couraça da soberania da vontade individual e da igualdade formal entre as partes. O contrato de adesão é, portanto, um símbolo da atuação que a ordem jurídica passa então a ter na declarada tentativa de impedir a realização de certos resultados tidos como indesejáveis, instituindo medidas compensadoras, orientadas à proteção do aderente. A disparidade de poder negocial entre o aderente e o predisponente é, como vimos, um componente decisivo na caracterização do contrato de adesão, a justificar que esta categoria seja estabelecida como ponto de referência de um regime cogente de proteção da parte fraca, aqui identificada com o aderente.

Assim é que a categoria "contrato de adesão" se justifica como tal porque atrai ao seu redor princípios específicos, constitutivos de um regime próprio voltado para a proteção do aderente.⁶⁰⁵ Trata-se, sob esta perspectiva,

604. Claudia Lima Marques, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, ob. cit., p. 53-54.

605. O contrato de adesão, é verdade, não constitui um tipo novo de contrato (Claudia Lima Marques, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, ob. cit., p. 58). Isto não significa, porém, que não constitua uma classe nova, no seio da classificação dos contratos, e, como tal, revele uma nova orientação da teoria contratual. É preciso, pois, dar à expressão "tipo" um sentido restrito, técnico (o sentido de modelo legal), a propósito de afirmações como a de Alberto do Amaral Jr.: "Os contratos de adesão não são um tipo contratual, mas um modo de formação dos contratos..." (*Proteção do Consumidor no Contrato de Compra e Venda*, ob. cit.,

de uma classificação que não apenas reconhece a desigualdade entre os contratantes, mas que, mais além, identifica aí a sua razão de ser, operando como um instrumento de proteção à parte fraca. Daí Gustavo Tepedino utilizar o contrato de adesão como uma referência para a expansão do campo de aplicação do CDC, defendendo a sua utilização em contratos de adesão, mesmo quanto não configurem uma relação de consumo. Afinal, conforme se deduz do raciocínio do autor, tal espécie de contrato encerra "os pressupostos justificadores da incidência do conjunto de mecanismos de defesa do consumidor nas relações interprivadas".⁶⁰⁶

p. 116). Posta de forma mais detalhada, a questão fica melhor esclarecida por Claudia Lima Marques: "O contrato de adesão não é uma espécie nova e independente de contrato, trata-se de contratos de compra e venda, contratos de transporte, contratos de locação e outros mais variados tipos de contratos, em que se usa, sim, um método comum de contratação, o de oferecer o instrumento contratual já impresso, prévia e unilateralmente elaborado, para a aceitação do outro parceiro contratual, o qual simplesmente "adere" à vontade manifestada no instrumento contratual" (*Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, ob. cit., p. 58).

⁶⁰⁶ Gustavo Tepedino, "As Relações de Consumo e a Nova Teoria Contratual", ob. cit., p. 213: "... mediante a aplicação direta dos princípios constitucionais nas relações do direito privado, devemos utilizar o Código do Consumidor, seja em contratos de adesão, mesmo quando não constituam em relação de consumo, seja nas circunstâncias contratuais em que sejam identificados, pela identidade de *ratio*, os pressupostos de legitimidade da intervenção legislativa em matéria de relações de consumo, sendo os princípios constitucionais da isonomia substancial, da dignidade da pessoa humana e da realização plena de sua personalidade os pressupostos justificadores da incidência do conjunto de mecanismos de defesa do consumidor nas relações interprivadas". Entendemos que esta interpretação mantém a sua atualidade em face do Código Civil de 2002. Contudo, diante do novo Código Civil, considerando que ali se passou a contemplar expressamente o contrato de adesão (arts. 423 e 424), torna-se mais difícil sustentar a aplicação extensiva do regime do CDC, já que onde antes se deparava uma lacuna, agora se depara uma disciplina expressa.

Verifica-se, pois, que, paralelamente aos critérios tradicionais de classificação (referidos no item anterior), surgem novas categorias de contratos, a revelar o esforço do sistema jurídico em promover mudanças capazes de dar forma jurídica às necessidades sociais, de modo a conter a permanente ameaça de rompimento entre a teoria e a prática.

De acordo com a concepção clássica, as categorias contratuais, como observado acima, são indiferentes ao problema da disparidade do poder negocial entre os contratantes. A identificação de uma dada relação contratual como um contrato de adesão, no entanto, além de destacar um certo modo de formação desta espécie de contrato, implica reconhecer a disparidade de poder negocial entre o predisponente e o aderente, e, nesta medida, implica dar a este último um tratamento diferenciado. Por esta razão, o contrato de adesão, ou melhor, a sua sistematização teórica no elenco das classes contratuais, através do seu enquadramento em esquemas de classificação, denuncia a insuficiência dos critérios tradicionais de descrição e interpretação dos contratos e de suas espécies. Conclui-se que, como consequência das mutações da teoria contratual, o contrato de adesão constitui uma classe de contratos associada a um certo regime de tutela do aderente, tido como contratante vulnerável.

"Estas classificações não obedecem também a critérios rigorosos, não podendo encontrar-se um *sistema* classificatório no sentido lógico da expressão. Na verdade os critérios são diversos e tópicos, surgindo face a necessidades práticas, objetivando antes resolver *problemas*..."⁶⁰⁷

⁶⁰⁷ Tercio Sampaio Ferraz Jr., *Introdução...*, ob. cit., p. 124. Em sentido semelhante, Pietro Perlingieri observa que as classificações "devem ser

As observações de Tercio Sampaio Ferraz Jr., dirigidas originalmente à classificação das normas, aplicam-se perfeitamente a outras classificações, como a classificação dos contratos ora em exame. Assim é que os critérios que dão origem à classe “contrato de adesão” são, evidentemente, critérios tópicos, orientados à solução de problemas concretos. No caso, o problema consiste, como visto, na disparidade de poder negocial entre o aderente e o predisponente e na conseqüente tendência à prática de abusos em detrimento do contratante vulnerável.

Acima de tudo, cumpre registrar que o surgimento da categoria “contrato de adesão”, por todas as razões anteriormente analisadas, é resultado do processo de fragmentação do conceito de contrato. Muito além de sua expressão metodológica, a mencionada fragmentação revela uma mudança valorativa, permitindo a penetração dos princípios constitucionais — como é o caso da igualdade substancial — no seio da teoria dos contratos.⁶⁰⁸ Afinal, como tão bem posto por Anelise Becker, “pretender salvar a sua unidade em nome daquele ‘mínimo’ de consenso que está presente na contratação em série significa tratar de modo igual situações absolutamente diferentes, do que deriva inevitável injustiça”.⁶⁰⁹

* * *

consideradas orientadoras e problemáticas, e que dificilmente podem se distinguir por precisas linhas de demarcação e de confim” (*Perfis do Direito Civil*, ob. cit., p. 202).

608. A propósito, é sempre bom recordar a lição de que: “*Es la idea substantiva del Derecho lo que determina su método y no lo contrario...*”, assim cunhada por Eduardo García de Enterría, *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del derecho*, Madrid: Civitas, 1984, p. 15.

609. Anelise Becker, *Teoria Geral da Lesão nos Contratos*, São Paulo, Saraiva, 2000, p. 77.

Como já se adiantou (Item 5, *supra*), a nossa proposta consiste em integrar, sob um certo ponto de vista, a classificação dos contratos e a classificação dos bens, de maneira a propor que o caráter essencial, útil ou supérfluo do bem contratado esteja na base de uma correspondente classificação dos contratos respectivos. A nota da essencialidade ou, no extremo oposto, da superfluidade, contudo, resultará sempre de um exame que considere a destinação do bem submetido à classificação. Neste sentido, o exame que se segue a respeito da classificação dos bens, tal como hoje acolhida por esquemas legislativos amplamente aceitos, tem por objetivo salientar que este dado da destinação já se encontra presente. Contudo, por força da tradição liberal-individualista, a destinação não costuma ser avaliada em relação à pessoa e à sua dignidade, sendo antes enfatizada a destinação patrimonial do bem.

