

THIAGO PEDROSA FIGUEIREDO

**APLICAÇÃO AO DISTRATO DAS REGRAS DE
PROTEÇÃO DO ADERENTE NOS CONTRATOS DE ADESÃO**

Monografia apresentada como requisito para
aprovação na Pós Graduação *Lato Sensu* em
Contratos e Responsabilidade Civil.

Orientador: Professor MSc. Marlon Tomazette

Brasília, DF

2008

Aos amores da minha vida, minha mãe, minha esposa Juliana e minha filha Thaís, que me deram suporte e incentivo para me dedicar ao curso e à elaboração do presente trabalho.

RESUMO

O contrato de adesão foi inicialmente regulamentado no Direito Brasileiro pelo Código de Defesa do Consumidor, em 1990. Depois disso, teve sua regulamentação legal estendida às demais relações de direito privado no novo Código Civil, vigente a partir do dia 11 de janeiro de 2003. Assim, as partes aderentes no Contrato de Adesão, sejam consumidores ou não, passaram a ter proteção especial, diante da diminuição de sua liberdade contratual em prol da celeridade das contratações. É sabido, no entanto, que o distrato, como uma das formas de extinção do vínculo contratual, também podem ser celebrados com características típicas de um contrato de adesão, com a elaboração de suas cláusulas por uma parte e a possibilidade de aderir ou não a esse conteúdo por parte da outra. Nesses casos, este trabalho busca investigar se as normas presentes na legislação permitem a mesma proteção prevista para os contratantes, aos que celebram o distrato do negócio jurídico.

Palavras chaves: distrato; contrato; adesão; proteção; aderente; código civil; Código de Defesa do Consumidor

SUMÁRIO

| | |
|--|-----------|
| INTRODUÇÃO | 5 |
| 1. CONTRATOS DE ADESÃO | 7 |
| 1.1 Conceito de Contrato de Adesão | 11 |
| 1.2 Natureza Jurídica do contrato de Adesão | 16 |
| 1.3 Requisitos do Contrato de Adesão..... | 20 |
| 1.4 Contrato de Adesão na Legislação Brasileira..... | 26 |
| 2. O DISTRATO | 34 |
| 2.1 Conceito e Natureza Jurídica..... | 35 |
| 2.2 Objeto e requisitos do distrato | 39 |
| 2.3. Espécies e Eficácia do Distrato | 41 |
| 3. APLICAÇÃO DAS NORMAS RELATIVAS AO CONTRATO DE ADESÃO AO ADERENTE DE DISTRATO | 44 |
| 3.1 Âmbito Legal de Proteção ao Aderente..... | 44 |
| 3.2. Aplicação das Normas de Proteção ao Distrato..... | 48 |
| CONCLUSÃO..... | 57 |
| BIBLIOGRAFIA | 60 |

INTRODUÇÃO

Considerando a tendência do direito de equilibrar relações originalmente distorcidas pela redução da autodeterminação dos indivíduos diante da massificação das relações contratuais, torna-se imprescindível avaliar os limites e os objetivos dessa intervenção, de maneira que a aplicação dessas normas reflita efetivamente a tutela dos interesses socialmente almejados.

Por muitas vezes, principalmente em relações entre empresários, uma contratação é seguida de outra, com outras condições e cláusulas, e para encerramento da relação anterior, a parte economicamente mais forte impõe à outra um conteúdo de distrato com cláusulas de quitação, além de outras obrigações, condicionando a nova relação contratual, à assinatura do distrato da forma como apresentado, abrindo mão de direitos decorrentes da relação que se encerra.

Em outros casos, ainda que não haja previsão de nova relação contratual entre as partes após a que é objeto de distrato, é imposto à outra parte o conteúdo do instrumento deste, como condição para a retirada de restrições cadastrais ou liberação de serviços ou produtos de interesse da parte econômica ou tecnicamente mais fraca.

Nesse contexto, surge a inquietude da avaliação da possibilidade de aplicação das normas protetivas do aderente no contrato de adesão, ao aderente em distrato. Considerando que o contrato de adesão é aquele em que um dos contratantes adere às

cláusulas previamente elaboradas pelo outro, é possível que o distrato seja considerado como sendo verdadeiro instrumento de adesão? E a despeito das aparentes diferenças entre o contrato e o distrato, pode-se aplicar as normas de proteção do aderente à parte que adere ao conteúdo de um distrato sem concordar com ele ou sem possibilidade de interferir em seu conteúdo?

Por vezes, a doutrina apresenta como requisito accidental do contrato de adesão a inferioridade técnica do aderente, e ainda o fato do contratante que elabora o contrato possuir meios visando minizar seus riscos. No entanto, um distrato pode ser firmado entre dois contratantes sem inferioridade aparente, e que tenham, os dois, condições de avaliar os riscos do encerramento do negócio naquelas condições. Por vezes, também, os contratantes podem ter o mesmo nível econômico e acesso fácil a instrumentos de prevenção de riscos. Nesses casos, ainda assim é possível proteger o aderente do distrato?

A busca das soluções levantadas foi concentrada nas linhas a seguir, que não têm o objetivo de esgotar o estudo, mas apenas ousa instigá-lo.

1. CONTRATOS DE ADESÃO

Para iniciar o estudo do contrato de adesão, é necessário destacá-lo do contrato propriamente dito. No século XIX, SAVIGNY apresentou uma definição sistematizada do que seria contrato. Para ele, seria “a união de dois ou mais indivíduos para uma declaração de vontade em consenso, através da qual se define a relação jurídica entre estes”¹.

Nesse conceito se encontram os elementos básicos da conceituação de contrato, quais sejam, a vontade, o indivíduo livre, criação de direitos e obrigações protegidas e reconhecidas pelo direito². Certo é que dentre as conceituações de contrato, a idéia de que era originado na autonomia da vontade do indivíduo era central, autonomia também denominada de princípio da autodeterminação³, ou como afirmou CANARIS, “...**a liberdade contratual é protegida por conta da liberdade e não por conta da justiça.**”⁴

O contrato é tido então como o negócio jurídico de convergência de manifestação de vontades contrapostas por excelência, que tem por objeto a circulação de riquezas com vistas ao atendimento das necessidades dos contratantes, regendo a relação de

¹ *Apud* MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O Novo Regime das Relações Contratuais. 5ª Ed., São Paulo: RT, 2005, p. 53.

² *Idem*, p. 54.

³ RIBEIRO, Joaquim de Souza. O Direito dos Contratos. Estudos, p. 37.

⁴ CANARIS, Claus-Wilhelm. Liberdade e a Justiça Contratual, p. 60.

interesses entre as duas partes, com vínculo umbilical com o instituto da propriedade⁵. O contrato, por sua vez, está vinculado à existência de um contrato, sendo este seu objeto.

Tamanha a importância da vontade como elemento do contrato, que se atribuiu a ela a origem da força obrigatória do contrato, cabendo à lei apenas fornecer aos indivíduos instrumentos para assegurar o cumprimento. Em razão dessa importância, nascem ainda a toda a proteção jurídica para proteger a vontade de vícios, daí a teoria dos vícios de consentimento.⁶

Segundo ROPPO, a teoria da vontade tinha base no “postulado jusnaturalista que individualizava na vontade humana a fonte primária de todo o efeito jurídico, a energia criadora dos direitos e das obrigações legais: o contrato é ‘consenso’, isto é, ‘encontro de vontades’”. Assim, dizia-se que as consequências do contrato deveriam advir das representações mentais das partes contratantes, sendo que caberia ao direito reagir diante de qualquer violação do processo de formação da vontade.⁷

Para a teoria da vontade, o contrato abrangia a manifestação da autonomia privada e da autodeterminação do indivíduo, com vistas a consecução de seus interesses próprios mediante a atuação exclusiva e exteriorizada de sua vontade. Assim, considerava-se a autodeterminação dos contratantes como a “determinação conjunta” (*Mitbestimmung*) de efeitos vinculativos⁸. Assim, a visão do contrato era a mais pura exteriorização da liberdade e

⁵ LOUREIRO, Luiz Guilherme, LOUREIRO, Luiz Guilherme. Teoria Geral dos Contratos no Novo Código Civil. São Paulo: Método, 2002, p. 32.

⁶ MARQUES, Cláudia Lima, Op. cit., p. 60.

⁷ ROPPO, Enzo. O Contrato. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988, p. 297.

⁸ HÖNN, Gunther. Kompensation gestörter Vertragsparität, München, 1989, p. 89 s. *Apud* RIBEIRO, Joaquim de Souza, op. cit., p. 38.

autodeterminação dos contratantes, que representava em si própria a justiça contratual, nascendo a máxima “quem diz contratual, diz justo.”⁹

Essa teoria contratual, contudo, é suficiente para regular as relações entre os indivíduos apenas até o advento da revolução industrial, no século XIX. Segundo ROPPO, a teoria da vontade era “adequada a um sistema econômico individualista e pouco dinâmico, no qual as trocas eram, no geral, bem ponderadas e conservavam um certo caráter ‘pessoal’”¹⁰.

Com o advento da industrialização, as contratações passaram a se dar em grandes quantidades, o que implicava na impossibilidade prática de se negociar cada uma dessas convergências de vontades e circulação de bens e riquezas. A concorrência que nascia impulsionava os fornecedores à redução de custos e de tempo, o que também contribuiu para isso. ROPPO explica que a teoria da vontade que antes era adequada, passa a não ser, pois não conseguia satisfazer as exigências do que chama de “moderna economia de massa, caracterizada pelo extraordinário incremento do volume das trocas (sobretudo entre as empresas e os consumidores dos seus produtos e os utentes dos seus serviços) e pela sua crescente standartização e ‘impessoalidade’”¹¹

Juntamente com a revolução industrial, outro campo que reduziu as negociações contratuais foi o dos serviços, em especial nos contratos de transportes, de seguros e bancários. Alguns deles pressupõem a contratação em massa, como o contrato de seguro, que é viável na medida em que os riscos homogêneos assumidos pelas companhias de seguro são distribuídos entre os diversos contratantes¹². Além disso, outros serviços passam a exercer a necessidade de contratação em massa, como serviços de distribuição e consumo de

⁹ RIBEIRO, Joaquim de Souza, op. cit., p. 39/40.

¹⁰ Idem, p. 298.

¹¹ ROPPO, Enzo. Op. cit., p. 298.

¹² MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. Contratos de Adesão. São Paulo: Atlas, 2002, p. 15.

energia elétrica. Isto porque o consumo se dava praticamente da mesma forma para todos os contratantes.

Assim, se antes da revolução industrial, os bens eram produzidos de maneira artesanal e quase sempre individual, ensejando uma contratação também nessas condições; após a era industrial, a produção passa a não ser mais ditada pela demanda, mas ao revés, a demanda é por vezes gerada pela produção, com a utilização de mecanismos comerciais de incentivo ao consumo, o que implica em produção em larga escala, e, conseqüentemente, em contratação em larga escala.

Isso representou o declínio da Teoria da Vontade, e o surgimento da chamada Teoria da Declaração¹³. Segundo ROPPO, a teoria da declaração surge dessa da “redução do papel e da importância da vontade dos contraentes, entendida como momento psicológico da iniciativa contratual”. Ao invés de o contrato representar declarações de vontades, passam a apresentar apenas declarações concordantes.

Essas declarações concordantes apresentam redução dos elementos subjetivos psíquicos dos contratantes, despersonalizando as declarações e criando o que ROPPO chama de “objetivação do contrato”. Essa objetivação deriva da substituição da teoria da vontade pela teoria da declaração, que tem como característica principal apenas unir os efeitos e o tratamento jurídico das relações a elementos exteriores aos indivíduos e socialmente reconhecíveis, sobrepujando-se aos elementos psíquicos da vontade interiorizada.¹⁴

¹³ ROPPO, Enzo. Op. cit., p. 297.

¹⁴ ROPPO, Enzo. Op. cit., p. 299.

Outros autores apresentam teorias semelhantes para o declínio da teoria da vontade, como RIBEIRO, que apresenta a chamada Materialização do Contrato. Para RIBEIRO, o sacrifício da autodeterminação implicou na impossibilidade para o indivíduo de autotutela dos seus interesses, e o afastamento da subjetividade da vontade do indivíduo, ensejou materialização do contrato, com a necessidade de criação de medidas estatais interventivas visando tutelar os interesses de quem teve sua autotutela prejudicada.¹⁵

Mas, ainda que o contrato de adesão tenha surgido das relações de consumo de massa, ele pode aparecer em outras relações que não derivem de contratações em grande quantidade, e ainda entre indivíduos com aparente equilíbrio na possibilidade da exteriorização de suas vontades.

1.1 Conceito de Contrato de Adesão

Diante dessa nova realidade contratual, a conceituação clássica do contrato passa não mais a se aplicar às relações. Isto principalmente em razão da manifesta redução da autonomia da vontade daquele que adere ao contrato, como visto alhures. Daí se extrai uma das características do contrato de adesão, ou seja, a de que um dos contratantes, o aderente, não terá controle sobre o conteúdo das cláusulas às quais vai aderir ou esse controle se restringe à pequena parcela desse conteúdo.

No entanto, ainda que isso ocorra, é possível diferenciar dois tipos de contratação nas quais essa adesão estará presente. A doutrina distingue *contrato de adesão* à *condições gerais de contratação*.¹⁶ As condições gerais de contratação, conceituação da

¹⁵ RIBEIRO, Joaquim de Souza, Op. cit., p. 37/41.

¹⁶ MARQUES, Cláudia lima. Op. cit., p. 68.

doutrina germânica, tem sua atenção voltada à fase pré-contratual, na qual são elaboradas as listas de cláusulas que serão oferecidas para adesão em massa.¹⁷ Já a doutrina francesa que utiliza a expressão contrato de adesão, o destaque é para o momento da celebração, enfatizando a vontade criadora do contrato, aderida pelo contratante.¹⁸

MARQUES classifica o primeiro como sendo os contratos escritos ou não escritos, em que o aderente aceita tácita ou expressamente as condições pré-elaboradas e apresentadas pelo outro contratante para um número indeterminado de relações contratuais. Já o contrato de adesão, segundo a autora, deve ser entendido como o instrumento escrito, preparado e impresso previamente pelo outro contratante e submetido ao aderente para assinatura e preenchimento de dados. A divisão é válida para identificar, por exemplo, aquelas contratações que sequer são objeto de formalização e que a sua dinâmica justifica a máxima informalidade, como por exemplo, as compras e vendas em meios eletrônicos ou ainda a compra de uma bebida ou cigarro em uma máquina automática na qual o comprador apenas insere uma quantidade de dinheiro e obtém o bem desejado.¹⁹

Essas contratações por condições gerais podem ser identificadas na Teoria do Contato Social, decorrente da objetivação do contrato, com a redução significativa do elemento subjetivo da vontade. Essa teoria decorre da análise de que a vontade das partes, que segundo ROPPO, não só desempenha papel pouco decisivo para a constituição e disciplina da relação, como “permanece na sombra o próprio elemento de uma (válida) declaração contratual.” Nesses casos, explica ROPPO, além de não representar uma vontade, não há propriamente sequer uma declaração contratual, mas um “comportamento social valorado de

¹⁷ MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino, Op. cit., p. 28.

¹⁸ Ibidem.

¹⁹ MARQUES, Cláudia lima. Op. cit., p. 68-69.

modo típico, por aquilo que eles socialmente exprimem, abstraindo-se das atitudes psíquicas concretas dos seus autores.”²⁰

O autor italiano conceitua Contato Social como o complexo de circunstâncias e de comportamentos, os quais são valorados de modo socialmente típico, por meio dos quais se realizam as operações econômicas e transferências de riqueza. Acrescenta que aparentemente falta a ele uma formalização completa da troca num contrato, este entendido como o encontro entre uma declaração de vontade com uma proposta e outra com o valor de aceitação²¹.

Não se pode deixar de citar a contribuição de LARENZ para a análise da questão, trazendo o conceito de comportamento sociais típicos, tratados como fonte de obrigações, que se assemelharia à ideia de contato social, verdadeiras relações de fato praticadas por uma coletividade de maneira institucionalizada, que não se inserem no conceito de contrato propriamente dito, mas que produzem os efeitos jurídicos pretendidos, como o embarque em um ônibus, por exemplo.²²

Já para GOMES, classificar os contratos como de adesão ou apenas condições gerais de contratação, depende do foco sob análise. Se for focalizado o aspecto da formulação de cláusulas por apenas uma das partes, trata-se de condições gerais de contratação. Se o aspecto que se analisa é o plano da efetividade, quando adquire eficácia jurídica, então passa a se considerar como contrato de adesão.²³

²⁰ ROPPO, Enzo. Op. cit., p. 302.

²¹ Idem, p. 303/304.

²² GOMES, Orlando. Contratos. 15ª Ed., Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 124.

²³ Ibidem, p. 109.

O Código de Defesa do Consumidor traz em seu art. 54 um conceito de contrato de adesão, como sendo 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 o seu conteúdo.”. Esse conceito traz além dos elementos já apresentados, outros que o identificam de acordo com a corrente dos publicistas, conforme se verá adiante.

Contudo, é o contrato de adesão que será objeto de estudo neste trabalho, mais precisamente, a possibilidade de um distrato ser considerado como contrato de adesão, permitindo a aplicação das normas a ele relativas ao distrato.

Pode-se então conceituar o contrato de adesão como sendo aquele contrato escrito no qual as cláusulas são previamente estabelecidas pelo contratante economicamente mais forte, sem que o outro contratante possa discutir ou modificar substancialmente o conteúdo desse contrato.²⁴

MIRANDA descreve também que esse tipo de contrato apresenta cláusulas pré-formuladas caracterizadoras de certo tipo contratual, que disciplinam de modo uniforme e de forma mais ou menos exaustiva, a relação jurídica que irá se estabelecer entre os contratantes. Acrescenta que em regra o contratante que elabora as cláusulas é empresa de porte considerável que possui corpo de profissionais que cria as cláusulas visando a diminuição de seus riscos e considerando uma previsão refletida com base na experiência de diversas contratações do mesmo tipo, em oposição do contratante aderente em inferioridade

²⁴ Idem. p. 71.

economica e técnica.²⁵ Como se observa, essa conceituação parece restringir para contratações em relações de consumo.

Segundo BERLIOZ, o contrato de adesão é aquele que o debate prévio é ausente, a determinação do conteúdo do contrato é unilateral, podendo ser feita por uma das partes ou ainda por terceiro. Ainda segundo o autor, essa vontade unilateral fixa a economia do contrato, sendo que a vontade do aderente apenas intervém para dar uma eficácia jurídica a essa vontade unilateral.²⁶ Essa conceituação já permite inserir contratos fora da relação de consumo como de adesão, sendo adequado aos objetivos deste trabalho.

Para ROPPO, são os chamados contratos “standartizados”, cujas cláusulas são predispostas antecipadamente por uma das partes, tendo em vista uma necessidade econômica de estabelecer uma série indefinida de relações negociais com uma massa homogênea e indiferenciada de forma homogênea e uniforme, nos quais a aceitação destas se resume a adesão mecânica e passiva ao esquema pré-formulado. Segundo o autor italiano, “muito longe do significado que, na época clássica do liberalismo contratual, se atribuía ao conceito de ‘declaração de vontades’”, reduzindo apenas a um “comportamento socialmente tipicizado”²⁷.

O conceito de ROPPO permite incluir apenas no conceito de contrato de adesão aquele dirigido à uma grande massa potencial de aderentes, o que restringe a inclusão de outras contratações sem essa característica.

²⁵ MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino, op. cit., p. 20.

²⁶ BERLIOZ, George. *Apud* MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino, op. cit., p. 23.

²⁷ ROPPO, Enzo. Op. cit., p. 302/303 e 312.

Segundo GOMES, no contrato de adesão, uma das partes tem que aceitar em bloco, o conteúdo das cláusulas estabelecidas pela outra, apenas aderindo a esse conteúdo que representa uma situação contratual que se encontra já definida.²⁸

1.2 Natureza Jurídica do contrato de Adesão

Para analisar a natureza jurídica dos contratos de adesão, a doutrina dividiu-se inicialmente em duas correntes: a corrente dos anticontratuálistas, ou publicistas; e ainda os contratualistas ou privatistas.

Os anticontratuálistas entendem que o contrato de adesão sequer pode ser considerado *contrato*. SALEILLES liderou esse pensamento e não o considerava contrato simplesmente por escapar à estrutura normal de um contrato, em razão da ausência da participação de uma das partes na formulação das cláusulas, ou seja, da manifestação de sua vontade. Tanto GOMES²⁹ como MIRANDA³⁰ trazem essa posição de SALEILLES como a mais exponente dos anticontratuálistas.

Outro importante exponente foi DUGUIT, que acreditava tratar-se de um negócio jurídico unilateral, já que o direito subjetivo nascia do negócio cujo conteúdo foi elaborado exclusivamente por uma das partes, o qual estabelecia a situação fática e jurídica desse direito.³¹ Para essa corrente (doutrina francesa), então, o “contrato de adesão” seria um ato jurídico unilateral, e não um contrato, exatamente em função da restrita participação do aderente³².

²⁸ GOMES, Orlando. Contratos. Op. cit., p. 109.

²⁹ Idem, p. 122.

³⁰ MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino, op. cit., p. 100.

³¹ GOMES, Orlando. Contratos. Op. cit., p. 122.

³² Idem, p. 115.

Entre os publicistas, destaca-se a teoria da instituição de HAURIUO. O autor distingue *contrato de instituição*. A diferença entre eles se apresenta no fato de que enquanto o contrato regula relações efêmeras, as instituições são atos jurídicos que podem durar indefinidamente. Assim, os contratos de adesão nada mais seriam que manifestações exteriorizadas em uma situação particular, de uma situação institucionalizada, citando como exemplo os contratos coletivos de adesão a um serviço público. Aliás, surge daí a denominação da corrente como sendo publicista³³.

A crítica que surgiu em relação a essa corrente é que ela analisa apenas ou principalmente a situação pelo prisma de quem estipula as condições. Assim, o que a corrente examina é a situação pré-contratual, e não propriamente o contrato formado. Além disso, busca examinar os efeitos públicos dessa situação pré-contratual, como a teoria da instituição manifesta de maneira veemente.

Os privatistas ou contratualistas, ao contrário dos anticontratualistas, consideram o contrato de adesão como um contrato propriamente dito, embora com algumas peculiaridades. Vários foram os expoentes dessa corrente, que prevaleceu sobre a anticontratualista. DEREUX afasta a subjetividade da análise da vontade das partes, distinguindo nesse tipo de contrato dois tipos de cláusula: as cláusulas essenciais e as acessórias. As essenciais seriam manuscritas ou verbais e as acessórias, impressas. Essas cláusulas acessórias não poderiam então produzir efeitos contra o aderente, se tiverem o alcance de modificar a essência do contrato. Somente poderiam produzir efeitos se viessem a complementar ou dar maior precisão às cláusulas essenciais.³⁴ A crítica feita a essa teoria é de

³³ MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino, op. cit., p. 101-102.

³⁴ Idem, p. 105.

que seria muito difícil ao intérprete desvendar quais são as cláusulas essenciais e quais seriam apenas acessórias, a não ser que a própria lei assim o dissesse em contratos determinados.

Outro autor, GIORDANO, analisa de maneira profunda a posição do aderente, separando-a em dois aspectos relativos à conduta do aderente. Se o aderente apenas se conformou diante da impossibilidade de alterar as cláusulas contratuais, ou se esse contratante analisou os custos e benefícios da contratação, sabendo dos riscos a ela inerentes e ainda assim entendeu conveniente corrê-los. Assim, a proteção do aderente passaria pela análise individual dessa posição do aderente ao contratar.³⁵ A crítica que é feita abrange dois aspectos; o primeiro porque implicaria na aplicação de uma mesma norma (Art. 1.341, I, do código Civil Italiano) tanto à formação do contrato quanto na sua interpretação. Além disso, porque incompatível com as normas relativas à boa-fé daquela legislação.³⁶ Além disso, o foco da corrente é na análise do comportamento visando apenas que tipo de proteção se concederá ao aderente, não analisando a forma contratual em si.

Por fim, essa análise poderia implicar simplesmente no desaparecimento da figura do contrato de adesão, pois na quase totalidade dessas contratações, a necessidade dos interesses não é absoluta. Até mesmo um contrato com uma concessionária de energia elétrica não implicaria em contrato de adesão, pois ainda que a necessidade atual pela eletricidade seja enorme, pode-se imaginar que alguém possa optar por não contratar em razão da discordância das cláusulas, passando a viver sem o conforto trazido pela eletricidade. Seria uma opção.

Mas, essa corrente tem grande importância para este trabalho, pois a análise da avaliação por parte do aderente das opções de aderir ou não ganha destaque quando se analisa o contrato proposto por uma das partes como condição da continuidade de uma relação

³⁵ MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino, op. cit., p. 109.

³⁶ Idem, p. 112-113.

comercial ou para a exclusão de restrições cadastrais. Nesse contexto, pode-se vislumbrar a hipótese de avaliar caso a caso a extinção contratual por meio de distrato, para considerá-lo por adesão ou não, e somente assim, aplicar as regras de proteção.

Outro autor italiano contratualista, GENOVESE, faz análise a partir do pressuposto de que as cláusulas predispostas também não traduzem uma vontade particular do estipulante do contrato, mas constituem a expressão de uma vontade geral, típica e adequada à celebração de contratos em série. Sendo assim, a análise do comportamento do aderente também deve ser feita nesse contexto. Segundo o autor, como as cláusulas se destinam a uma coletividade indeterminada, a vontade negocial representaria verdadeira oferta, e como tal deveria ser analisada à luz da legislação civil que disciplina a proposta.³⁷

Dentre todas as teorias, a posição que prevalece é a de que a natureza jurídica do contrato de adesão é de um contrato (corrente contratualista/privatista) com formação distinta, que nasce da declaração negocial dirigida ao público, e que é aceita por uma diversidade de indivíduos, criando assim um único contrato, mas com múltiplas relações jurídicas, completando-o com essa adesão. Enquanto os contratos se caracterizam pelo seu tipo, os de adesão se caracterizam pela forma, mais precisamente pela sua formação.³⁸ Surge, portanto, não como categoria autônoma de contratação nem como novo tipo contratual, mas sim como uma técnica distinta de formação do contrato, que pode se aplicar a qualquer categoria ou tipo contratual, sempre quando se busca alcançar rapidez nas contratações, conforme exige a economia de escala.³⁹

³⁷ MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino, op. cit., p. 119-120.

³⁸ Idem, p. 137.

³⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini e outros. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto. 6ª Ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000, p. 551.

Mas, essa conceituação parte do pressuposto da contratação advir de relação de consumo e dificulta a aplicação das regras de proteção do aderente nesse tipo de contrato ao distrato, pois a dificuldade que se apresenta é o fato de que geralmente, os distratos são feitos sob medida para cada relação contratual. Se a formação do contrato é feita em massa, não há como negar que, em regra, a extinção por distrato não guarda a mesma proporção de alcance social.

No entanto, dependendo dos requisitos que se exija para considerar um instrumento contratual como de adesão, isso não impede que se possa considerar um distrato como sendo de adesão, ensejando a proteção do aderente, conforme a seguir se explora.

1.3 Requisitos do Contrato de Adesão

Em um contrato paritário, o contratante exerce sua liberdade e autodeterminação por meio de três liberdades básicas. Tem a liberdade para contratar ou não; tem a liberdade para a escolha da pessoa com quem vai contratar; e tem a liberdade sobre o conteúdo das cláusulas. Preenchidos de alguma forma esses três requisitos, trata-se de um contrato paritário. No contrato de adesão, este último requisito não se verifica, comprometendo a liberdade de um dos contratantes.

Nesse contexto, e a partir da leitura dos conceitos de contrato de adesão alhures visto, pode-se extrair alguns dos seus requisitos. O primeiro deles e o mais característico é o fato de que o conteúdo das cláusulas é previamente elaborado por uma das partes. Outro requisito é a uniformidade do conteúdo do contrato. Um terceiro requisito é a impossibilidade ou possibilidade ínfima do outro contratante de modificar o conteúdo apresentado. O último requisito é, obviamente, a adesão da outra parte aos termos do contrato.

Esse rol de requisitos é apresentado por GOMES, que os apresenta como a uniformidade, a predeterminação e a rigidez. Explica que a intenção do estipulante do contrato é obter a aceitação passiva de um número indeterminado de aderentes. Essa uniformidade decorre da racionalização da contratação massificada, pois seria inviável celebrar contratos na forma tradicional na quantidade almejada. Aduz ainda GOMES que a predeterminação das cláusulas é o elemento que mais caracteriza o contrato de adesão, pois é o modo mais adequado para atingir sua finalidade, conjugado com o primeiro elemento. Isto porque pode haver a uniformidade sem a predeterminação, não caracterizando o contrato de adesão, como por exemplo, na hipótese de dois contratantes terem negociado cláusulas que iriam a regular os diversos contratos uniformes que iriam celebrar dali em diante.⁴⁰

O autor explica que a predeterminação das cláusulas uniformes não necessariamente deve ser feita por uma das partes, bastando lembrar que terceiros podem elaborar previamente o conteúdo das cláusulas que serão aceitas pelos contratantes, a exemplo de contratos cujas cláusulas constem em regulamento administrativo. Tal não descaracteriza a natureza de adesão do contrato, pois ainda assim as cláusulas foram predeterminadas, são uniformes e não podem ser modificadas (rígidas).⁴¹

Este último requisito da rigidez é indispensável ao instrumento, sendo um desdobramento dos demais, ou seja, as cláusulas são rígidas porque devem ser uniformes e se forem flexíveis desfiguraria a predeterminação e a forma contratual.⁴²

Como se observa, GOMES não aponta como requisito do contrato de adesão que ele seja necessariamente dirigido à uma coletividade de potenciais aderentes, bastando

⁴⁰ GOMES, Orlando. Contratos. Op. cit., p. 118.

⁴¹ Idem, p. 118.

⁴² Idem, p. 119.

que seu conteúdo seja rígido e imposto à outra parte com mínima possibilidade de alteração. Um distrato, então, poderia ser encaixado nesse conceito, ultrapassada a diferença de natureza jurídica, adiante tratada.

Outro aspecto que não descaracteriza o contrato de adesão, não sendo, portanto, requisito deste, é que o predisponente seja empresário, ou que exista uma relação de consumo. ROPPO traz o exemplo de contratos de locação residencial que são celebrados entre indivíduos não empresários. Muitas vezes, são utilizados modelos predispostos difundidos para regular esse tipo de negócio, mas que preenche os requisitos de uniformidade, predeterminação, rigidez e adesão do outro contratante.⁴³

Para FIUZA e SOARES ROBERTO, há requisitos (elementos) essenciais e requisitos acidentais. A condição de empresário do predisponente, bem como sua superioridade econômica, a condição de pessoa física do aderente, existência de monopólio, existência de cláusula abusiva e forma escrita, seriam elementos acidentais, que são observados em alguns contratos de adesão, mas a ausência deles não descaracteriza o instrumento.⁴⁴

Como requisitos essenciais do contrato de adesão, LOUREIRO apresenta dois, que parecem suficientes para identificá-lo, sendo o primeiro, que as cláusulas sejam pré-redigidas por uma das partes, e como segundo, que a outra parte possa somente aderir, sem

⁴³ ROPPO, Enzo. Op. cit., p. 313.

⁴⁴ FIUZA, César; SOARES ROBERTO, Giordano Bruno. Contratos de Adesão de Acordo com o Novo Código Civil. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 78-84.

livre discussão, ou com discussão mínima.⁴⁵ Aliás, são esses os requisitos que se extraem do conceito legal do artigo 54 do Código de Defesa do Consumidor, conforme já visto.

GOMES, porém, apresenta uma outra característica. Aduz que não basta que uma a relação se forme sem discussão do conteúdo das cláusulas, aderindo uma das partes à vontade da outra. Isso, segundo o autor, ocorre diariamente, sempre que em uma relação contratual predomina a vontade de uma das partes sobre a outra em razão de uma posição de superioridade de um dos contratantes. Qual seria então o diferencial do contrato de adesão? Segundo GOMES, no fato de que o aderente não pode deixar de contratar porque tem uma necessidade de satisfazer um interesse que não poderia ser atendido por outro modo. Exemplifica com o fato de alguém que “precisa viajar, utilizando determinado meio de transporte, há de submeter-se às condições estipuladas pela empresa transportadora, pois não lhe resta outra possibilidade de realizar o contrato.”⁴⁶

Esse requisito a mais apresentado por GOMES, por um lado dificulta a identificação de um contrato de adesão, exigindo que cada relação seja analisada subjetivamente, principalmente nas relações de consumo, inovando na conceituação. Por exemplo, os contratos com empresas de telefonia. Se há no mercado mais de uma empresa de prestação de serviços de telefonia, o consumidor pode optar por mais de uma delas, para atender suas necessidades. Ou seja, os interesses do aderente podem ser atendidos por outro modo. Mas, não é por isso que o contrato firmado com uma delas deixa de ser de adesão, pois os requisitos para tanto restaram preenchidos.

⁴⁵ LOUREIRO, Luiz Guilherme. Teoria Geral dos Contratos no Novo Código Civil. São Paulo: Método, 2002, p. 118-119.

⁴⁶ GOMES, Orlando. Op. cit., p. 119.

Assim, o contrato pode sim ser considerado de adesão, ainda que a contratação não seja o único modo para atendimento das necessidades e interesses. Nesse sentido, é o escólio de NEGREIROS, para quem a necessidade de contratar não integra o núcleo conceitual do contrato de adesão, devendo ser priorizada na conceituação, a desigualdade entre os contratantes.⁴⁷

O requisito apresentado se identifica com a análise de GIORDANO, aplicável à proteção dos aderentes, conforme acima explicitado, que tem importância para esse trabalho.

MIRANDA aduz que a ausência de discussão do conteúdo das cláusulas não é requisito fundamental, embora seja uma consequência da pré-formulação das cláusulas, este sim um requisito. Para o autor, os requisitos para a contratação são que, primeiramente, não exista acordo contemporâneo de vontades, sendo a vontade de uma delas manifestada em momento anterior. Em segundo lugar, a inexistência de um só acordo de vontades, mas a existência de uma pluralidade de acordos, resultantes, porém, de uma só declaração negocial apresentada por um dos sujeitos, sendo que com base nela se formam as declarações de aceitação dos diversos aderentes. O terceiro requisito apresentado pelo autor, é que as declarações desses acordos sejam manifestadas em momentos distintos, sendo a do estipulante no momento em que manifesta sua vontade de contratar daquela forma com uma coletividade indeterminada, e a dos aderentes que a aceitam em momento posterior.⁴⁸ Assim, apresenta como requisito não uma negociação de vontades, como nos contratos paritários, mas que sua forma tenha natureza de proposta e aceitação, exatamente decorrente dos momentos distintos das manifestações.

⁴⁷ NEGREIROS, Teresa. Teoria do Contrato: Novos Paradigmas. 2ª Ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 378.

⁴⁸ MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino, op. cit., p. 124.

Também nesse rol de requisitos, não encontramos a necessidade de que o contrato seja dirigido a uma coletividade de potenciais aderentes, mas somente se converge a análise para o conteúdo das cláusulas. Essa necessidade é requisito para as condições gerais de contratação, mas não para o contrato de adesão, que pode ser celebrado entre dois particulares.

Para MARQUES, são três os requisitos do contrato de adesão, sendo o primeiro a pré-elaboração unilateral; o segundo a sua oferta uniforme e de caráter geral para os potenciais aderentes ainda indeterminados de futuras relações contratuais; e por fim, que o consentimento se dê por simples adesão.⁴⁹

No entanto, como já exposto alhures, o requisito do dirigismo do conteúdo de cláusulas a uma coletividade de potenciais e futuros contratantes se aproxima mais aos requisitos da oferta ou da proposta do que do contrato. Tanto que MARQUES acaba posteriormente aduzindo que enquanto não houver a adesão da outra parte, o conjunto de cláusulas escritas ainda não pode ser considerado como um contrato, não passando o formulário de um simples pedaço de papel (*stück papier*), constituindo-se em uma oferta geral e potencial. Apenas o consentimento do aderente por meio da adesão às cláusulas é que faz nascer o contrato de adesão.⁵⁰ Assim, a oferta uniforme e de caráter geral não pode ser considerado requisito do contrato de adesão, mas apenas é elemento accidental que precede a existência desse tipo de contrato.

Dessa forma, para o escopo do presente trabalho, é considerado contrato de adesão o que apresenta os dois requisitos descritos no artigo 54 do Código de Defesa do Consumidor, conforme já exposto, que as cláusulas sejam pré-redigidas por uma das partes, e

⁴⁹ MARQUES, Cláudia Lima. Op. cit., p. 72.

⁵⁰ Idem, p. 74.

que a outra parte possa somente aderir, sem livre discussão, ou com discussão mínima. Será ainda levada em consideração a lição de TARTUCE, que afirma “o conceito deve ser visto em sentido amplo, de modo a englobar todas as figuras negociais em que as cláusulas negociais são prestabelecidas ou pré-dispostas...”.⁵¹

Com essas premissas, seria possível, em tese, vislumbrar a existência de um distrato celebrado por adesão.

1.4 Contrato de Adesão na Legislação Brasileira

O Código Civil Brasileiro de 1975, que entrou em vigência em 11 de janeiro de 2003, trouxe inovações no que diz respeito ao contrato de adesão, prevendo expressamente regras de aplicação. A necessidade de inclusão dessa nova realidade contratual na norma codificada decorre da massificação das relações contratuais, não somente existente nas relações de consumo, mas está difundido em vários outros tipos de contratação no âmbito civil.

A preocupação do legislador foi de proteger o aderente dos potenciais abusos praticados pela parte que elabora o contrato, considerando a impossibilidade de alterá-lo substancialmente. Nesse sentido, explica AGUIAR JR que a contratação por adesão tem sido campo fértil para abusos dessa natureza, surgindo a necessidade de regulamentar especificamente a matéria, principalmente no que diz ao impacto das cláusulas de multas em razão da mora, eleição de foro que dificulta o acesso ao judiciário, perda das prestações pagas, dificuldades para purga da mora ou para providências visando a conservação do negócio,

⁵¹ TARTUCE, Flávio. Direito Civil, V. 3, Teoria Geral dos Contratos e Contratos em espécie., 3ª Ed., São Paulo: Método, 2008, p. 51.

direito de prévia interpelação, limitação de responsabilidade, imposição de mais deveres a um do que aos outros, entre outros abusos observados.⁵²

O Código de Defesa do Consumidor conceitua em seu art. 54 o contrato de adesão, como sendo 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.”.

Como se observa, o contrato de adesão nas relações de consumo pressupõe que tenha sido elaborado pelo fornecedor de produtos e serviços, e que a parte aderente seja consumidor, destinatário final nos termos do art. 2º do Código de Defesa do Consumidor Brasileiro.

A proteção é procedente diante da vulnerabilidade contratual do consumidor na relação de consumo, advinda do desequilíbrio entre as partes e do comprometimento da autodeterminação do consumidor, que é levado a aderir às cláusulas previamente elaboradas pelo fornecedor sem possibilidade ou com possibilidade ínfima de alteração do conteúdo.

Assim o faz diante da necessidade de se submeter àquela relação contratual tendo em vista o atendimento das suas necessidades de consumo, que na maioria das vezes é oferecida à grande massa de consumidores por somente um fornecedor, como nos casos de serviços essenciais como energia elétrica, por alguns fornecedores, como atualmente ocorre em contratos de telefonia ou por vários fornecedores, como nas hipóteses de contratos do comércio em geral. Nesse sentido, MARQUES afirma que “Ao contrário do que se acreditava, o dogma da liberdade contratual tornou-se uma ficção – em liberdade de um e

⁵² MARQUES, Cláudia Lima. Op. cit., p. 77.

opressão do outro -, assim como a esperada livre concorrência não foi suficiente para conduzir a resultados aceitáveis.”.⁵³

A proteção desse consumidor foi incorporada no Código de Defesa do Consumidor em dois dispositivos, o art. 54, e uma referência no art. 18. O art. 54 trouxe o conceito, como já tratado, e ainda e algumas regras, que restringem a atuação criativa do fornecedor:

“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 a alternativa, cabendo a escolha ao consumidor, ressalvando-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, cujo tamanho da fonte não será inferior ao corpo doze, de modo a facilitar sua compreensão pelo consumidor.

§ 4º As cláusulas que implicarem limitação de direito do consumidor deverão ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão.

Há ainda outra disposição acerca dos contratos de adesão no Código de Defesa do Consumidor em seu art. 18, §2º, o qual permite que as partes alterem o prazo legal para saneamento do vício do produto, desde que, em contrato de adesão, seja feito por meio de manifestação expressa e inequívoca do consumidor.⁵⁴

⁵³ MARQUES, Cláudia Lima. Ob.cit., p. 268.

⁵⁴ “Art. 18. (...)§ 1º Não sendo o vício sanado no prazo máximo de trinta dias, pode o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha: (...)§ 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.”

Mas, é possível que se vislumbre contratos de adesão sem que haja relação de consumo. Nesse sentido é o enunciado n.º 171⁵⁵ da III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal e do Superior Tribunal de Justiça, que esclarece que o contrato de adesão ao qual se refere o Código Civil em seus artigos 423 e 424 não se confundem com contrato de consumo.

É que ao contrário do Código de Defesa do Consumidor, o Código Civil não delimitou qualquer característica para os contratantes, podendo assumir a condição de partes do contrato de adesão qualquer pessoa, seja física ou jurídica, desde que os requisitos tratados alhures estejam presentes. Nesse sentido, LOUREIRO afirma que:

*“A inclusão do contrato de adesão no Código Civil tem por objetivo proteger a parte mais fraca nos contratos que, por definição, não estão incluídos no Código de Defesa do Consumidor, tal como ocorre com o contrato de locação. Assim, qualquer contrato poderá se qualificar como contrato de adesão e merecer uma proteção especial que não tinha no Código Civil de 1916.”*⁵⁶

Assim, qualquer contrato no âmbito civil pode ser considerado como de adesão, desde que seus requisitos estejam presentes. Exemplo de contrato de adesão no âmbito civil, além do de locação acima mencionado, é o contrato de franquia, no qual o franqueado adere ao contrato elaborado pelo franqueador, para fornecimento de know-how e utilização de marca. A própria legislação sobre franquia, Lei 8.955/94, refere-se ao contrato de franquia como “contrato padrão” adotado pelo franqueador, ficando clara a natureza de adesão do instrumento.⁵⁷

⁵⁵ Enunciado n.º 171 – “Art. 423: O contrato de adesão, mencionado nos arts. 423 e 424 do novo Código Civil, não se confunde com o contrato de consumo.”

⁵⁶ LOUREIRO, Luiz Guilherme. Ob.cit., p. 116.

⁵⁷ TARTUCE, Flávio. Ob.cit., p. 53-54.

A proteção do Código Civil abrange dois elementos fulcrais, a interpretação do contrato de adesão (*contra proferentem*⁵⁸) e a proteção contra cláusulas abusivas. Nesse sentido, foi conciso e suficiente o Código na regulação dessas proteções, insculpida em dois dispositivos:

“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.”

O primeiro dispositivo traz a regra *contra proferentem*, que atribui a interpretação mais favorável do contrato à parte aderente, exatamente em razão da sua dificuldade ou até mesmo impossibilidade de influir no conteúdo da avença celebrada. Para GOMES, trata-se de regra de hermenêutica que deve ser aplicada a tais contratos, quando em caso de dúvida, as cláusulas do contrato de adesão devem ser interpretadas contra a parte que as ditou.⁵⁹

E o segundo dispositivo, apresenta proteção do aderente às cláusulas consideradas abusivas, tais como as que estipulam a renúncia antecipada do aderente à direito resultante da natureza do negócio, a exemplo da cláusula que exclua a responsabilidade do vendedor por vícios redibitórios em contrato de compra e venda celebrado na modalidade de adesão, uma vez que é direito do comprador resultante da natureza do negócio, receber a coisa para o uso ao qual se destina e com o valor que lhe é próprio. Outro exemplo, as cláusulas que reservem ao predisponente exclusivamente a prerrogativa de não executar suas obrigações, que lhe confere o direito de determinar de forma unilateral o preço da venda (art. 489 do

⁵⁸ MARQUES, Cláudia Lima. Ob.cit., p. 75.

⁵⁹ GOMES, Orlando. Ob. Cit, p. 126.

Código Civil Brasileiro⁶⁰), e ainda, a cláusula que permita ao vendedor modificar unilateralmente a data da tradição do bem já estipulada ou as características do bem, ou dos serviços.⁶¹

São ainda consideradas abusivas, segundo LOUREIRO, as que atribuem vantagem excessiva ao predisponente e uma onerosidade desproporcional ao aderente, causando um conseqüente desequilíbrio entre as partes.⁶² A abusividade surge não do fato das partes estarem em manifesto desequilíbrio, mas o abuso naturalmente surge dessa desigualdade, conforme ensina GOMES.⁶³

Mas não são somente as cláusulas que estipulam a renúncia antecipada de direito resultante da natureza do negócio que podem ser consideradas abusivas e ensejar a aplicação do dispositivo em análise, também podem ser consideradas abusivas e declaradas nulas pelo judiciário as cláusulas que limitam ou exoneram a responsabilidade do predisponente, atenuam suas obrigações ou ainda agravem injustificadamente ônus e deveres do aderente, de maneira a causar desequilíbrio injustificado entre as prestações, sendo contrárias à boa-fé objetiva e à função social e econômica do contrato, conforme preleciona LOUREIRO⁶⁴.

Dessa forma, entende-se que a cláusula que estipula a renúncia antecipada de direito resultante da natureza do negócio é apenas um exemplo de cláusulas que podem ser consideradas abusivas em um contrato de adesão, podendo ser outras assim consideradas, conforme restou sedimentado no Enunciado n.º 172 da III Jornada de Direito Civil,

⁶⁰ “Art. 489. Nulo é o contrato de compra e venda, quando se deixa ao arbítrio exclusivo de uma das partes a fixação do preço.”

⁶¹ LOUREIRO, Luiz Guilherme. Op. cit., p. 122.

⁶² Idem, p. 120.

⁶³ GOMES, Orlando. Ob. Cit, p. 115.

⁶⁴ LOUREIRO, Luiz Guilherme. Op. cit., p. 120-121.

organizada pelo Conselho da Justiça Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça, que assim dispõe: “Art. 424: As cláusulas abusivas não ocorrem exclusivamente nas relações jurídicas de consumo. Dessa forma, é possível a identificação de cláusulas abusivas em contratos civis comuns, como, por exemplo, aquela estampada no art. 424 do Código Civil de 2002.”.

Nesse sentido, o exemplo clássico de cláusula abusiva que deve ser desconsiderada nesse tipo de contrato é a cláusula de eleição de foro, que embora não estipule a renúncia antecipada de direito resultante da natureza do negócio, é considerada abusiva se dificultar o acesso do aderente ao judiciário, em prol do predisponente⁶⁵.

Outro exemplo de cláusula considerada abusiva é a cláusula que estipula a renúncia do fiador em contrato de fiança do benefício de ordem, em contrato de adesão, conforme restou sedimentado no Enunciado n.º 367 da IV Jornada de Direito Civil, organizada pelo Conselho da Justiça Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça, cujo texto é o seguinte: “No contrato de fiança é nula a cláusula de renúncia antecipada ao benefício de ordem quando inserida em contrato de adesão.”.

Há outro tipo de cláusula também considerada abusiva, que está prevista expressamente em legislação esparsa (lei 9.307, de 23 de Setembro de 2006), é a cláusula compromissória de arbitragem prevista em contrato de adesão, desde que reste demonstrada a não concordância expressa do aderente.⁶⁶

Como se observa, a proteção ao aderente vai além das cláusulas abusivas que estipulam a renúncia a direitos resultantes da natureza do negócio, podendo incidir em

⁶⁵ GOMES, Orlando. Ob. Cit, p. 127.

⁶⁶ “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.”

quaisquer cláusulas consideradas abusivas em contratos firmados por mera adesão, o que se permitiria concluir, em tese, que em distratos, que são considerados contratos, também podem ser afastadas essas cláusulas consideradas abusivas, desde que o distrato tenha sido celebrado na modalidade de adesão.

2. O DISTRATO

Celebrado o contrato, a tendência natural é sua extinção pelo adimplemento ou pela caducidade de sua vigência conforme pactuado pelas partes. Ocorre que em certas situações, as partes, em comum acordo, podem querer pôr fim ao negócio jurídico antes de exaurido o adimplemento, para evitar que este ocorra em sua plenitude ou ao menos parcialmente, dali em diante. Nesse contexto surge o distrato.

O Distrato sempre trouxe divergências conceituais na doutrina. Mas é consenso que ele tem o efeito de não permitir que o contrato produza efeitos para o futuro. Para GOMES, o distrato seria uma declaração de vontade bilateral, que tem o fim de ao mesmo tempo, encerrar o contrato para o futuro, sendo uma espécie de rescisão, e ainda revogar a vontade dos declarantes, causando o que se chama de *contrarius consensus*.⁶⁷

Vozes importantes, contudo, não aceitam a idéia de que o distrato revoga as declarações contratadas. Aduz-se que a revogação significa a retirada da voz, ou seja, a retirada da declaração que se prestou. E no caso do distrato, não há a retirada da voz, a declaração de vontade continua válida, pois produziu seus efeitos durante a vigência do negócio jurídico, produzindo efeitos apenas quanto ao futuro. O contrato, da forma como vigeu, não deixa de ter existido após o distrato, este apenas impede que ele produza efeitos para o futuro, mas mantendo-se como válido no tempo em que vigeu.⁶⁸

A revogação é possível em negócios jurídicos como a doação ou em atos jurídicos como o testamento, mas não no distrato, conforme explica MIRANDA, extraído a

⁶⁷ GOMES, Orlando. Op. cit., p. 183.

⁶⁸ ASSIS, Araken de. Do Distrato no Novo Código Civil. Revista CEJ, v. 7, n. 24, jan./mar. 2004, p. 59.

explicação do direito romano, já que segundo o autor o distrato dissolvia a relação contratual, com o afastamento dos contratantes do negócio celebrado mediante o suporte fático do consenso contrário ao que se contratou, mas sem destruir o contrato e os efeitos já produzidos.⁶⁹

O distrato não importa tampouco no dissenso, pois a vontade de que o contrato não produza efeitos para o futuro é, em regra, consensual, salvo nos casos que serão estudados, que evidenciam distratos por adesão de uma das partes. Não tem também o distrato o condão de resolver a relação contratual, pois a resolução desfaz a eficácia do contrato desde o início (resolução, eficácia *ex tunc*) ou a partir de determinado momento na relação contratual (resilição, eficácia *ex nunc*). Ele apenas cessa a eficácia para o futuro, mantendo incólume a eficácia do contrato durante toda a sua vigência.⁷⁰

2.1 Conceito e Natureza Jurídica

Qual seria então a natureza jurídica do distrato? Como se observa, não se pode atribuir ao distrato natureza jurídica de resolução ou de resilição, mas tampouco se trata de remissão de dívida, de pacto resolutório, quitação ou pagamento.

Conforme se asseverou, distingue-se da resolução porque não tem o condão de encerrar a eficácia do contrato desde o seu início ou a partir de determinado momento durante sua vigência. Apenas encerra efeitos para o futuro.

⁶⁹ MIRANDA, Pontes de Miranda. Tratado de Direito Privado. Tomo 3, Campinas: Bookseller, 2000, p. 260-264.

⁷⁰ ASSIS, Araken de. Do Distrato no Novo Código Civil. Revista CEJ, v. 7, n. 24, jan./mar. 2004, p. 59.

Em relação à remissão de dívida, distingue-se porque o ato do credor apenas extingue a dívida, ainda que se afirme que opera o encerramento do contrato. O distrato vai além, extingue a dívida e opera o encerramento dos efeitos da relação jurídica para o futuro, eliminando reciprocamente as obrigações.⁷¹

Também nesse sentido, MIRANDA explica que o *contrarius consensus* não seria remissão bilateral, pois o distrato tem eficácia real e *ex nunc*, a remissão bilateral tem eficácia não real e *ex tunc*. Além disso, no distrato há a “unitariedade do contrato”, inexistente na remissão bilateral⁷², que representa duas vontades opostas, mas que convergem em um mesmo resultado, ao contrário do distrato, cujas vontades são consensuais.

Difere-se ainda do pacto resolutório, a exemplo da retrovenda (opera em favor do vendedor) e retroemenda (opera em favor do comprador). Isto porque não encerra a relação do contrato para o futuro, já que desde o início do negócio jurídico, esse efeito já era previsto, além de não encerrar os efeitos do contrato para o futuro.

Também não se confunde com a denúncia, pois embora esta se opere *ex nunc* e independentemente de inadimplemento, é apenas operacionalizada por uma das partes, sem participação da outra, nem mesmo com sua adesão.⁷³ Mas, da mesma forma que o distrato, com a denúncia se obtém resultados desconstitutos, com extinção *ex nunc*, conforme explica ASSIS⁷⁴. Isto porque põe termo à relação jurídica para o futuro, mas não a desfaz.

⁷¹ Idem.

⁷² MIRANDA, Pontes de. Op. cit., p. 260.

⁷³ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Extinção dos Contratos por Incumprimento do devedor. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2003, p. 72,

⁷⁴ ASSIS, Araken de. Resolução do Contrato por Inadimplemento. 4ª Ed., São Paulo: RT, 2004, p. 82.

Já a resolução do contrato, segundo ASSIS, faz cessar e desconstitui a relação desde o seu início, produzindo efeitos *ex tunc*. É como se o negócio não tivesse existido. A rescisão, por sua vez, faz cessar e desconstitui, mas não desfaz o negócio que se operacionalizou.⁷⁵

Já para TARTUCE, o distrato nada mais é que a rescisão feita de forma bilateral. A conceitua como a celebração de um novo negócio em que as partes resolvem de comum acordo pôr fim ao negócio anteriormente celebrado, considerando a rescisão unilateral como sendo a denúncia permitida em determinados casos a uma das partes da relação contratual, nos termos do art. 473 do Código Civil Brasileiro.⁷⁶

Sobre a resolução, MIRANDA afirmou que é unilateral, desfaz propriamente dito o contrato, atingindo a eficácia do negócio jurídico e produzindo efeitos *ex tunc*, enquanto o distrato é bilateral e apenas subtrai a eficácia do negócio jurídico, não eliminando, contudo, o negócio jurídico.

Diferente ainda da extinção do contrato por caducidade, que opera quando o negócio jurídico chega ao seu fim pelo término de sua vigência, determinada pelas partes ou pela lei. E ainda, pelo pagamento ou adimplemento, modalidade de extinção por excelência, que embora extinga o contrato e não o desfaz, produzindo efeitos *ex nunc*, não importa no *contrarius consensus* do que foi contratado, ao contrário, reforça justamente o pacto exaurindo-o nos exatos termos em que celebrado.

⁷⁵ Idem, p. 82/83.

⁷⁶ TARTUCE, Flávio. op. cit., p. 240.

O distrato possui natureza jurídica de negócio jurídico bilateral⁷⁷. ASSIS vai além e afirma que o distrato possui natureza jurídica de contrato, o que já permitiria, em primeira análise, a existência do instituto do distrato por adesão.

Já para GOMES, o distrato, que chama de resilição bilateral, seria a modalidade de revogação que se realiza pelo *contrariu consensus*. Aduz que “as partes do contrato deliberam dissolvê-lo mediante negócio extintivo.” Nesse conceito, fica clara também a natureza de negócio jurídico bilateral, embora tenha este objeto extintivo.⁷⁸ Adiante, conclui afirmando ser o distrato “um contrato para extinguir o outro”⁷⁹.

Como já se expôs, entretanto, não se mostra adequado afirmar que há a revogação, pois revogar significa retirar a voz, ou a retratação do que foi declarado, o que não ocorre com o distrato, que apenas encerra para o futuro a relação, sem destruir o negócio que se distrata.

Para AGUIAR JR. o distrato é negócio jurídico bilateral com fim extintivo, em que se exercitam manifestações de vontade para a desconstituição da eficácia do contrato. Afirma ainda que se trata de retratação bilateral do contrato com efeito *ex nunc*, citando MESSINEO⁸⁰.

Para ASSIS, o distrato é o “contrato pelo qual os figurantes eliminam o vínculo para o futuro, que anteriormente estabeleceram entre si”⁸¹. No mesmo sentido, MIRANDA afirma que o distrato é o “contrato pelo qual se desfaz a relação jurídica de dívida existente, ou, se a dívida ainda não existe, contrato pelo qual se desfaz o vínculo de que se

⁷⁷ ASSIS, Araken de. Do Distrato no Novo Código Civil. Revista CEJ, v. 7, n. 24, jan./mar. 2004, p. 59.

⁷⁸ GOMES, Orlando. Op. cit., p. 183.

⁷⁹ Idem, p. 184.

⁸⁰ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Op. cit., p. 71.

⁸¹ ASSIS, Araken de. Op. cit., p. 59.

irradiariam as dívidas futuras.”⁸². ROPPO também compactua da mesma conceituação afirmando tratar-se de “*Il contratto com cui le parti sciogliono un precedente contratto fra loro, liberandosi dal relativo vincolo.*”⁸³.

LOUREIRO também conceitua o distrato como o mútuo consenso, “um verdadeiro contrato cujo conteúdo é precisamente o contrário da constituição do vínculo obrigatório e pode ser classificado como um contrato liberatório.”⁸⁴

Como se observa, todos os conceitos acima citados, definem o distrato como sendo um negócio jurídico bilateral, mais precisamente, um contrato, embora com peculiaridades, já que extingue um outro contrato pré-existente. Sendo o distrato um contrato, em tese, pode ele também ser celebrado por adesão, conforme previsto na legislação.

2.2 Objeto e requisitos do distrato

Como acima exposto, se o distrato é um contrato que visa extinguir os efeitos futuros de outro contrato, este negócio é seu objeto. Segundo GOMES, em regra, o distrato é “utilizado nos contratos de execução continuada para desatar o vínculo antes do advento de seu termo extintivo.”, podendo também ser estipulado em contrato celebrado com prazo indeterminado.⁸⁵

⁸² MIRANDA, Pontes de. *Apud* ASSIS, Araken de. Do Distrato no Novo Código Civil. Revista CEJ, v. 7, n. 24, jan./mar. 2004, p. 59.

⁸³ ROPPO, Vincenzo. *Apud* ASSIS, Araken de. Op. cit., p. 59.

⁸⁴ LOUREIRO, Luiz Guilherme. Teoria Geral dos Contratos no Novo Código Civil. São Paulo: Método, 2002, p. 248.

⁸⁵ GOMES, Orlando. Op. cit., p. 184.

Mas, toda relação jurídica comporta o distrato, até mesmo negócios unilaterais, conforme explica ASSIS, uma vez que o que se distrata é a eficácia do negócio jurídico.⁸⁶

Para MIRANDA, pode-se distratar até mesmo negócio jurídico não contratual, exemplificando na hipótese de negócio jurídico real, ou ainda “se já se prestou em virtude de contrato consensual.” Para o autor, nesse caso, “é efeito do novo contrato a ação para se repetir a coisa, eliminando-se a eficácia do negócio jurídico distratado.”⁸⁷

No entanto, não podem ser objeto de distrato os contratos exauridos pelo pagamento ou adimplemento, podendo-se concluir que um dos requisitos do distrato é justamente que o contrato que se extingue não já o tenha sido pela sua execução, modalidade por excelência de extinção. É que o adimplemento exaure a eficácia do contrato, impedindo a reversão total atingindo seu cerne.

Nesse sentido, MIRANDA exemplifica que se uma parte vende um imóvel a outra, com o recebimento do preço e a efetivação do registro, não se pode mais distratar tal contrato, que se exauriu quando do cumprimento do sinalagma. Neste caso, ainda que as partes “desfaçam” o negócio nas mesmas condições, inclusive preço, e se restituam as despesas, mesmo assim ocorre em verdade outro contrato, e não o distrato daquele.⁸⁸

Interessante observar, porém, que ao tratar da forma do distrato, muitos autores citam como exemplo exatamente a compra e venda de imóvel, que exige forma solene

⁸⁶ ASSIS, Araken de. Do Distrato no Novo Código Civil. Revista CEJ, v. 7, n. 24, jan./mar. 2004, p. 59.

⁸⁷ MIRANDA, Pontes de. Op. cit., p. 262.

⁸⁸ Idem.

(escritura pública), aduzindo que o distrato dessa compra e venda também deveria seguir essa forma, contrariando a doutrina quanto ao requisito do não exaurimento da relação contratual.

Em relação aos requisitos, o primeiro deles advém da própria lei. O Código Civil Brasileiro aduz em seu art. 472: “Art. 472. O distrato faz-se pela mesma forma exigida para o contrato.”.

O dispositivo revela que é requisito do distrato que ele siga os mesmos elementos de existência do contrato que se extingue com sua celebração. Além disso, para MIRANDA, o distrato também se rege pelos mesmos elementos de existência, requisitos de validade e fatores de eficácia do contrato cujos efeitos busca eliminar.⁸⁹

Em algumas legislações como, por exemplo, o Código Civil Suíço, o distrato é aformal, permitindo seja feito até de forma tácita. No Direito brasileiro, o distrato permite que se opere inclusive de forma verbal, desde que o contrato que se extingue por meio dele não seja solene. Assim, se o contrato é verbal, admite-se o distrato verbal e tácito. O distrato, assim, deverá seguir a forma do contrato que se extingue ou forma mais solene.⁹⁰

2.3. Espécies e Eficácia do Distrato

Há duas espécies de distrato, o extintivo e o modificativo. Embora pareça incompatível com o conceito de distrato, ASSIS apresenta com base em lição de MIRANDA, a possibilidade de existir um distrato que tenha o condão de modificar a relação contratual sem a extinguir por inteiro, mas apenas parcialmente. Segundo MIRANDA, o distrato

⁸⁹ MIRANDA, Pontes de. *Apud* Araken de. Do Distrato no Novo Código Civil. Revista CEJ, v. 7, n. 24, jan./mar. 2004, p. 60.

⁹⁰ MIRANDA, Pontes de. *Op. cit.*, p. 263.

modificativo respeita a extensão do *contrarius consensus*, e não à sua profundidade, a exemplo do que ocorre em relações negociais com múltiplas prestações, adotando um meio termo entre a retroação total e a que ocorre a partir do distrato.⁹¹

Diferentemente de um contrato que foi celebrado mas nenhuma das partes adimpliu ou iniciou o adimplemento de sua prestação. Nesse caso, o distrato terá o condão de retroagir e surtir efeito semelhante ao da resolução, ou seja, produzindo efeitos *ex tunc*, como se a relação contratual sequer tivesse existido.⁹²

Admite-se ainda o pré distrato, ou um pré contrato de distrato, que teria o condão de estipular previamente cláusulas que regerão o distrato que se operará, da mesma forma que a legislação prevê a possibilidade de celebração de pré contratos. Da mesma forma, vislumbra-se como possível a celebração de distrato do distrato, que tornaria sem efeito o primeiro distrato celebrado, retomando o negócio jurídico original⁹³.

No entanto, consoante se apreciou alhures a respeito do objeto do distrato, não é possível distratar contrato que tenha seu objeto exaurido pelo adimplemento. Ora, se o distrato pôs fim à relação contratual para o futuro, o seu objeto se exauriu nesse momento, não sendo possível ser esse distrato objeto de novo *contrarius consensus* para extingui-lo, diante do exaurimento da eficácia do distrato celebrado. Nesse caso, ainda que as partes queiram reativar os efeitos do contrato distratado, trata-se em verdade de novo contrato, e não de distrato do distrato.

⁹¹ MIRANDA, Pontes de. *Apud* Araken de. Do Distrato no Novo Código Civil. Revista CEJ, v. 7, n. 24, jan./mar. 2004, p. 60.

⁹² *Idem*.

⁹³ *Idem*.

Quanto à eficácia do distrato, vai depender da espécie de distrato. Se nenhum dos contratantes adimpliu a prestação que lhe incumbia, o distrato terá a eficácia de fazer desaparecer os efeitos do contrato, semelhante à resolução. Segundo ASSIS, o distrato poderia ter eficácia *ex tunc* ou *ex nunc*, a critério dos celebrantes. Daí resultaria que se as partes o celebrassem com eficácia *ex tunc*, necessariamente, implicaria restituição das prestações, o que não é viável em certos tipos de contrato, como a locação e a empreitada, por exemplo, mas mesmo assim é possível inclusive não prever indenizações.⁹⁴

Contudo, a eficácia do distrato é restrita aos seus celebrantes. Ainda que os celebrantes tenha atribuído eficácia *ex tunc*, ainda assim não seria o distrato capaz de atingir os direitos de terceiros que eventualmente tenham adquirido direitos durante a relação contratual. Isso significa que a restituição da coisa adquirida por terceiro será resolvida em perdas e danos, da mesma forma que se opera na resolução.⁹⁵

Nesse contexto, considerando o distrato celebrado como contrato de adesão, este poderá ter sua eficácia afetada, ainda que as partes tenha atribuído efeito *ex nunc* ou *ex tunc*, e conferido quitação, na medida em que poderão ser desconstituídas as cláusulas que possam comprometer a boa-fé contratual, nos termos da legislação vigente.

⁹⁴ MIRANDA, Pontes de. *Apud* Araken de. Do Distrato no Novo Código Civil. Revista CEJ, v. 7, n. 24, jan./mar. 2004, p. 60.

⁹⁵ MENDONÇA, Manuel Inácio Carvalho de. Doutrina e Prática das Obrigações. V. 2, Rio de Janeiro: Forense, 1956, p. 276.

3. APLICAÇÃO DAS NORMAS RELATIVAS AO CONTRATO DE ADESÃO AO ADERENTE DE DISTRATO

Primeiramente, para que se possa vislumbrar a possibilidade das regras de proteção ao aderente do distrato celebrado por adesão, parte-se da premissa de que o distrato é uma espécie de contrato, conforme conclusão a que se chegou alhures a respeito do conceito e natureza jurídica do *contrarius consensus*. Assim, sendo o distrato um contrato, é possível, em tese, que o instrumento celebrado possa ser considerado como um contrato de adesão, ou um distrato de adesão. Nesse sentido, se presentes na celebração do distrato, os requisitos do contrato de adesão, tratado alhures, pode este ser considerado um contrato de adesão.

Partindo do pressuposto de que é possível, em tese, a existência de um distrato por adesão, resta saber se é possível a aplicação das normas protetivas ao aderente, previstas na legislação brasileira, nesse tipo de negócio jurídico.

3.1 Âmbito Legal de Proteção ao Aderente

Para atrair a aplicação das normas protetivas da legislação, além de certificação da presença dos requisitos do contrato de adesão, deve-se vislumbrar a ausência de boa-fé objetiva e a existência de cláusulas abusivas, inseridas pelo predisponente no exercício da faculdade que lhe confere o desequilíbrio existente entre as partes contratantes.⁹⁶

A cláusula abusiva surge geralmente da tendência natural de auto-proteção em detrimento da outra parte. Evidente que em uma relação em que uma das partes tem liberdade para ditar as regras do negócio, com impossibilidade ou possibilidade reduzida da outra de interferir, esse predisponente tende a aumentar sua proteção, diminuindo conseqüentemente a da outra.

⁹⁶ LOUREIRO, Luiz Guilherme. Op. cit., p. 120-121.

Além disso, segundo explica NETO LOBO, o desequilíbrio decorre da posição forte do predisponente, pois as cláusulas resultam de uma previsão refletida que tem por base a experiência fática que adquiriu com sua atividade organizada e reiterada, ao passo em que o aderente, em regra, normalmente está diante de uma operação avulsa, e muitas vezes sem capacidade técnica de discernir sobre a contratação, restando-lhe confiar na razoabilidade do que se propõe.⁹⁷

É certo que em contratos paritários e fora da relação de consumo podem também existir cláusulas abusivas. No entanto, nesses contratos, a parte que aceitou a cláusula o fez em igualdade de condições de negociação, manifestando seu livre arbítrio, sendo ela juiz de seus próprios interesses, sendo suficiente o fato de estar em condições de opor-se à cláusulas abusivas. Demais, em nome da segurança jurídica, o *pacta sunt servanda* impede intervenção nessas cláusulas abusivas em razão do equilíbrio de forças entre as partes.⁹⁸

Além disso, como o contrato paritário em regra é a manifestação de vontade de duas partes, evidente que em negócio com grau de risco elevado, podem existir para ambas as partes cláusulas abusivas, oriundas da legítima vontade de ambas de se protegerem de maneira robusta e segura, o que resulta em equilíbrio no conjunto das cláusulas, ou seja, no contrato. De qualquer forma, deve-se lembrar que o Código Civil brasileiro limitou essa liberdade, antes irrestrita, à obediência da função social do contrato.⁹⁹

Nos contratos de adesão, contudo, como visto, a supremacia da vontade de uma das partes por diversos fatores, faz surgir a necessidade de se proteger ainda mais a parte

⁹⁷ NETO LOBO, Paulo Luiz. *Condições Gerais dos Contratos e Cláusulas Abusivas*, São Paulo: Saraiva, 1991, p. 197.

⁹⁸ CARLI, Vilma Maria Inocência (Coord.). *Teoria e Direito das Obrigações Contratuais: Uma Nova Visão das Relações Econômicas de Acordo com os Códigos Civil/Consumidor*, Campinas: Bookseller, 2005, p. 180.

⁹⁹ “Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.”

aderente, na tentativa de manter ou aproximar o equilíbrio desejado na relação contratual, seja no âmbito da relação de consumo, seja no âmbito eminentemente civil. Isso enseja uma nova orientação da teoria contratual, com abordagem diferenciada, voltada para a proteção do aderente, tendo em vista os princípios específicos constitutivos de um regime próprio, conforme ensina NEGREIROS.¹⁰⁰

Nesse sentido, ainda que o contrato de adesão não ocorra no âmbito da relação de consumo, o regime jurídico do Código de Defesa do Consumidor aplicado ao contrato de adesão, pode ser utilizado para proteção do aderente no âmbito privado, auxiliado pelos dispositivos do Código Civil sobre a matéria, tendo em vista que os pressupostos justificadores da incidência da proteção legal estão presentes também nesse contrato, que embora estranho à relação de consumo, trata de relação privada onde está presente o desequilíbrio e os demais requisitos, como ensina TEPEDINO¹⁰¹.

Não se pode olvidar que as relações privadas regidas pelo Código Civil são, em tese, paritárias, ou seja, com equilíbrio entre as partes, não incidindo a proteção, como acima se expôs. Mas, se a relação negocial de fato foge dessa paridade, evidente que a norma pode invocar o diálogo com outras normas para dar ao fato a proteção jurídica adequada. Segundo NEGREIROS, essa unidade do sistema de proteção, independentemente do âmbito de relação privada que se analisa, se justifica porque os critérios que dão origem à classificação do contrato de adesão não se justificam por si, mas com vistas à solução de problemas concretos. Sendo comuns esses critérios, deve haver a identidade da proteção,

¹⁰⁰ NEGREIROS, Teresa. Op. cit., p. 381.

¹⁰¹ TEPEDINO, Gustavo. *Apud* NEGREIROS, Teresa. Op. cit., p. 382.

assim concluindo com base no raciocínio de FERRAZ JR. sobre a teleologia vinculada à classificação das normas.¹⁰²

Isto porque o direito, segundo CARLI, exerce funções, não sendo um fim em si mesmo, pois nasce com as vicissitudes do homem, e se renova de acordo com as mudanças sociais e econômicas de determinada sociedade, exatamente para que possa alcançar seu objetivo.¹⁰³

Assim, embora o contrato de adesão descrito no Código Civil em seus artigos 423 e 424 não se confunda com os contratos de consumo, conforme restou sedimentado no enunciado n.º 171 da III Jornada de Direito Civil, já explicitado alhures, é certo que as características que os identificam se assemelham, atraindo a proteção sistematizada em regime próprio.

No mesmo sentido, CARLI, analisando os contratos no âmbito do direito civil constitucional, afirma que o Código de Defesa do Consumidor é o “representante máximo de nosso ordenamento jurídico no que se refere a essa nova teoria dos contratos”, com base em lição de AZEVEDO.¹⁰⁴

E não poderia ser diferente, diante da positivação do princípio da boa-fé objetiva no art. 422¹⁰⁵ do Código Civil Brasileiro. Embora o dispositivo determine a obrigatoriedade das partes observarem o princípio da boa-fé na execução e conclusão do contrato, evidente que isso não afasta a mesma obrigatoriedade no momento da formação dos contratos, conforme restou sedimentado no Enunciado n.º 25 da I Jornada de Direito Civil do

¹⁰² NEGREIROS, Teresa. Op. cit., p. 384.

¹⁰³ CARLI, Vilma Maria Inocência (Coord.). Ob.cit., p. 191

¹⁰⁴ Idem, p. 125.

¹⁰⁵ “Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.”

Conselho da Justiça Federal, que aduz “O art. 422 não inviabiliza a aplicação, pelo julgador, do princípio da boa-fé nas fases pré e pós-contratual.”.

Assim, é compulsória a observância da cláusula geral da boa-fé tanto na formação do contrato (fase pré-contratual), que interessa ao contrato de adesão, bem como na resolução do contrato (fase pós-contratual), que interessa ao distrato, sendo forçoso concluir que o distrato por adesão também está inserto no âmbito de incidência dessa regra.

É justamente o princípio da boa-fé objetiva que permite a ampliação dessa aplicação sistemática da proteção ao aderente, conforme orienta o Enunciado n.º 27, também da I Jornada de Direito Civil acima mencionada, que claramente expõe “Na interpretação da cláusula geral da boa-fé, deve-se levar em conta o sistema do Código Civil e as conexões sistemáticas com outros estatutos normativos e fatores metajurídicos.”.

Assim, as regras de proteção ao aderente formam um conjunto de normas aplicáveis aos negócios jurídicos sempre quando os requisitos do contrato de adesão forem detectados, independentemente de se tratar de relação de consumo ou não.

3.2. Aplicação das Normas de Proteção ao Distrato

Partindo dessa premissa, ao distrato considerado como um contrato, celebrado na modalidade de adesão, devem também ser aplicadas as regras de proteção ao aderente, diante da inafastabilidade da cláusula geral da boa-fé, que permite a convergência dos sistemas de proteção, sempre que perceptíveis as características que atraem a proteção.

O distrato, então, pode conter cláusulas abusivas, contrárias à cláusula geral da boa-fé, que podem ou não implicar renúncia de direito resultante da natureza do negócio, ensejando a atração das normas protetivas desse regime jurídico específico.

Nas relações de consumo, é comum a celebração de distratos que podem ser considerados como instrumento de adesão e que ensejam facilmente a aplicação das normas de proteção.

Conforme ensina MARQUES, a cláusula geral da boa-fé denota um padrão de conduta das partes na relação contratual, e ainda deveres anexos (*nebenpflichten*), como o dever de informar, de aconselhamento, de cuidado, entre outros. Um dos deveres anexos existentes, porém, chama a atenção para o escopo deste trabalho, o dever de renegociar¹⁰⁶. Por esse dever anexo, as partes devem cooperar para que o equilíbrio do contrato seja mantido, inclusive no momento da sua conclusão, muitas vezes operada por meio de distrato, para evitar a ruína de uma das partes ou a frustração do negócio.

Nesse sentido, os tribunais têm reiteradamente decidido ser nula a cláusula presente em distrato de contrato de promessa de compra e venda de imóvel, celebrado entre o consumidor e o fornecedor, por adesão, que estipula a perda das prestações pagas. Isto porque viola a regra da exceção da ruína (art. 51, §2º do Código de Defesa do Consumidor) e ainda o dever anexo de renegociação ou cooperação. Nesse sentido, julgados do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios - TJDF:

“CIVIL - CONSUMIDOR - COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA - DISTRATO - DEVOLUÇÃO DAS QUANTIAS PAGAS - IMPOSIÇÃO PELA VIA DE CARTA DE CRÉDITO COM RENÚNCIA DE DIREITOS - ABUSIVIDADE - CONDIÇÕES DEFESAS - OBEDIÊNCIA AO CDC - NORMA COGENTE, DE ORDEM PÚBLICA - MITIGAÇÃO DO "PACTA SUNT SERVANDA" - RESTITUIÇÃO DAS QUANTIAS - RECURSO PROVIDO - UNÂNIME.”¹⁰⁷

E ainda:

¹⁰⁶ MARQUES, Cláudia Lima. Op. cit., p. 214 e 236.

¹⁰⁷ Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, Recurso Inominado n.º 20000110414763ACJ, Relator ALFEU MACHADO, Primeira Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do D.F., julgado em 20/06/2003, DJ 18/09/2003 p. 64.

*DISTRATO. CLÁUSULA QUE DETERMINA A PERDA TOTAL DA IMPORTÂNCIA PAGA. NULA É A CLÁUSULA, CONSTANTE DO DISTRATO, QUE DETERMINA A PERDA TOTAL DA IMPORTÂNCIA PAGA, NOS TERMOS DOS ARTIGOS 82 E 145, II DO CÓDIGO CIVIL. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.*¹⁰⁸

No mesmo sentido, julgados do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

*“Ementa: RESCISÃO CONTRATUAL - Desistência do comprador. Desconto de multa de 20% a título de multa. Admissibilidade. Devolução das parcelas pagas, porém, que deve ser feita em parcela única, acrescida de juros e de correção a partir da citação. Recurso desprovido. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ - Dedução de defesa contra fato incontroverso. Procedimento temerário (CPC, art. 17, incisos I e V). Imposição de multa de 1% sobre a condenação, revertida em favor da parte contrária (CPC, art. 35).”*¹⁰⁹

Nesse julgado, embora conste na emenda que houve a rescisão contratual em razão da desistência do comprador, foi celebrado distrato, o qual foi considerado como instrumento de adesão, conforme descreve o Relator em trecho de seu voto:

*“[...] A apelante apóia-se no distrato de fls. 36/39 para defender a admissibilidade e licitude das deduções pretendidas a título de multa por desistência. Curiosamente, chama a minha atenção o fato de que a ‘Proposta de Compra de Lote de Terreno’ inicial (fls. 36) já previa condições explícitas para o caso de ‘Desistência da Proposta’ por parte do apelado aderente, que não foram espontaneamente aplicadas no caso dos autos. De fato, a despeito de tal previsão, a apelante, um ano depois daquela contratação, **desenvolveu o distrato de adesão** de fls. 38/39, em que introduziu termos e condições, para a rescisão do contrato, diversos e mais onerosos que os inicialmente aceitos pela apelada. [...]”* (sem grifos no original).

Como se observa, o distrato celebrado foi considerado como sendo de adesão, tendo atraído a aplicação das normas protetivas do aderente. Embora o Código de Defesa do Consumidor seja expresso quanto à abusividade da cláusula que dispõe sobre a

¹⁰⁸ Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, Recurso de Apelação n.º APC3244694, Relatora: HAYDEVALDA SAMPAIO, 1ª Turma Cível, julgado em 13/06/1994, DJ 03/08/1994 p. 8.751

¹⁰⁹ Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Recurso de Apelação Com Revisão n.º 4232674700, Relator: José Carlos Ferreira Alves, Órgão julgador: 7ª Câmara de Direito Privado, Data de registro: 12/12/2006.

perda das parcelas pagas, ainda que não o fosse, seria possível declarar a cláusula como abusiva, em razão da abusividade inerente da cláusula.

No mesmo sentido, outro julgado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

“Ementa: COMPROMISSO DE VENDA E COMPRA - DISTRATO - perda das quantias pagas pelos adquirentes - distrato celebrado após o Código do Consumidor - inadmissibilidade da perda - recurso provido em parte.”¹¹⁰

O voto do Relator julgado acima é esclarecedor sobre a possibilidade de se considerar esse tipo de distrato como sendo de adesão, atraindo a aplicação das normas protetivas, conforme a seguir:

*“Ocorre que, quando da assinatura do distrato, modalidade de contrato celebrado entre as partes e que veio a extinguir o primeiro, de compromisso de venda e compra, já estava em vigor a lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990, que estabeleceu serem nulas de pleno direito, as cláusulas abusivas, que dessem origem à situação de desequilíbrio entre as partes. Assim elencou o artigo 51 do mencionado dispositivo legal que: “São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: ...II - subtraíam ao consumidor a opção de reembolso da quantia já paga, nos casos previstos neste código;...”. E mais à frente, cuidando especificamente dos contratos de compra e venda de móveis ou imóveis, dispôs o artigo 53 que: “Nos contratos de compra e venda de móveis ou imóveis mediante pagamento em prestações, bem como nas alienações fiduciárias em garantia, consideram-se nulas de pleno direito as cláusulas que estabeleçam a perda total das prestações pagas em benefício do credor que, em razão do inadimplemento, pleitear a resolução do contrato e a retomada do produto alienado.”. **Tal diploma é perfeitamente aplicável à espécie, ainda mais porque o distrato nada mais é que um contrato que extingue o outro, anteriormente formalizado.** Neste sentido, aliás, leciona ORLANDO GOMES que [...]”. [grifo nosso].*

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul apresenta julgado no mesmo sentido, reconhecendo a abusividade da cláusula contida em distrato celebrado por adesão, com fundamento na regra geral da nulidade de cláusula abusiva:

¹¹⁰ Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Recurso de Apelação Com Revisão n.º 315034200, Relator: Ruy Camilo, Órgão julgador: 10ª Câmara de Direito Privado, Data de registro: 20/05/1998.

“EMENTA: PROMESSA DE COMPRA E VENDA IMOBILIÁRIA. CONTRATO DE ADESÃO E RESPECTIVO DISTRATO. DEVOUÇÃO AO CONSUMIDOR EM MENOS DA METADE DA QUANTIA ALCANÇADA À EMPRESA LOTEADORA, E DE FORMA PARCELADA. LOCUPLETAMENTO INJUSTIFICADO. ABUSIVIDADE QUE NÃO PODE SER REFERENDADA PELO ATO JURÍDICO PERFEITO. SENTENÇA REFORMADA. APELO PROVIDO.”¹¹¹ [grifo nosso].

Nesse caso, foi reconhecida a característica de adesão do distrato em razão da abusividade da cláusula, além de ter sido facilmente identificado o desequilíbrio da liberdade contratual entre as partes. Nesse sentido, trechos do voto da Relatora:

Relação contratual de adesão, estabelecida entre um mecânico, pessoa econômica e tecnicamente hipossuficiente, e uma pessoa jurídica afeita à venda de terrenos em loteamento. À toda evidência, nenhuma condição de negociar as cláusulas do contrato possuía o consumidor, a não ser, quiçá, obter algum abatimento no preço do imóvel. O distrato correspondente ao contrato de adesão conserva as mesmas características deste. Pudesse o autor negociar, teria anuído com a devolução de menos da metade do que pagou, e de forma parcelada (18 vezes), sem a devida correção? Ora, nos termos do art.51, IV, do CODECON, são nulas de pleno direito as cláusulas que estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade, o que independe da aferição da existência de vício essencial de vontade e sobreleva à força do ato jurídico perfeito. Portanto, faz jus o autor-apelante à restituição de quantia a maior do que a recebida.” [grifo nosso].

Mas, como já tratado, não é apenas em relações de consumo que esses abusos ocorrem. Em uma relação privada fora do âmbito de incidência do Código de Defesa do Consumidor, podem-se vislumbrar diversas situações em que uma das partes impõe os termos do distrato à outra, geralmente incluindo cláusulas abusivas, permitindo à outra parte apenas aderir ao *contrarius consensus*, ou sofrer as conseqüências de manter a relação contratual, que geralmente é sufocada a partir da recusa.

¹¹¹ Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Apelação Cível n.º 70023818636, Relatora: Mylene Maria Michel Data de Julgamento: 06/05/2008, Órgão Julgador: Décima Nona Câmara Cível, Publicação: Diário da Justiça do dia 19/05/2008.

Isso ocorre em muitas relações comerciais entre empresários, os quais, embora possuam condições técnicas de avaliar a abusividade da cláusula, acabam se submetendo a ela por falta de alternativa, surgindo o desequilíbrio na relação da situação peculiar em que se encontram, e não das características pessoais.

Nesses casos, como já tratado, embora exista a liberdade de contratar e a avaliação dos riscos por parte do aderente nesses casos, escolhendo conscientemente a que lhe trará menor prejuízo, essa escolha é muitas vezes cruel e pode corresponder a um abuso do direito de contratar exercido pelo predisponente. Nesse sentido, VENOSA reconhece que um contrato celebrado entre uma distribuidora de bebidas e a fábrica da bebida a ser distribuída, dois empresários, por exemplo, pode ser considerado como de adesão:

*“Não é de sua essência que seja de adesão, mas, se o for, deve ser regido pelas regras de hermenêutica que se aplicam a essa modalidade. a propósito, apesar de o contrato de agência ou de distribuição não serem negócios de consumo, se estiverem presentes os fatores de vulnerabilidade e hipossuficiência, tudo é no sentido de que a jurisprudência aplique os princípios do código de defesa do consumidor.”*¹¹²

Como se observa, VENOSA invoca a aplicação do sistema de proteção do aderente em contrato celebrado descrito no Código de Defesa do Consumidor para essa relação, exatamente em razão do desequilíbrio entre as partes.

Ora, se é possível a aplicação das regras de proteção no contrato de adesão celebrado entre empresários, possível também será a avocação dessa proteção ao contrato celebrado por adesão entre esses mesmos personagens. Nesse sentido, o Tribunal de Justiça de do Estado do Rio Grande do Sul, reconheceu essa abusividade:

¹¹² VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: Contratos em Espécie. 4ª Ed., São Paulo:Atlas, 2004, p. 647.

“EMENTA: DISTRIBUICAO DE BEBIDAS. CONTRATO ATIPICO. DISTRIBUIDOR E O QUE AGE EM NOME PROPRIO NA INTERMEDIACAO ENTRE O PRODUTOR/FABRICANTE E O VAREJISTA NA DISTRIBUICAO DE PRODUTOS, MEDIANTE A REMUNERACAO PELO LUCRO DECORRENTE DA DIFERENCA DE PRECO ENTRE O QUE PAGA E O QUE RECEBE DO SEU COMPRADOR NORMALMENTE AMBOS FIXADOS PELO FABRICANTE. DISTRATO. ABUSO DO PODER ECONOMICO. INDENIZACAO. EMBORA O CONTRATO TENHA PREVISAO DE RESILICAO UNILATERAL, A EXTINCAO SEM JUSTA CAUSA DE CONTRATO DE DISTRIBUICAO EM VIGENCIA POR LONGA DATA GERA NA CONTRA-PARTE DESEQUILIBRIO, LESAO QUE MERECE SER INDENIZADA NO QUE CONCERNE AO QUE FOI ADQUIRIDO EM FUNCAO ESPECIFICA DA DISTRIBUICAO/REVENDA E POR IMPOSICAO DA EMPRESA. [...] PROVIDO O APELO. RECURSO ADESIVO PARCIALMENTE PROVIDO.”¹¹³ [grifo nosso].

No julgado acima, a Relatora reconhece em seu voto a abusividade da cláusula do distrato celebrado por adesão, que foi afastada para garantir a indenização à distribuidora de bebidas:

“Em síntese, trata o presente processo de discussão em torno de contrato de distribuição de bebidas realizado ao longo de vários anos entre as partes em relação ao qual após distrato alegadamente danoso para o autor foi proposta demanda com pedido de declaração de nulidade do distrato, revisão de cláusulas contratuais, perdas e danos, lucros cessantes e danos morais (fls. 19/20). [...]. Em 11.01.93 a empresa autora foi notificada que não seria mais renovado o contrato, sendo formalizado posteriormente um documento de distrato. [...] Portanto, é de admitir lesão com a rescisão injustificada de contrato de longa data, tendo em vista a exclusividade de atuação da autora para com a ré. Admito, assim, com base no artigo 159 do Código Civil, a responsabilidade indenizatória da empresa ré mas tão-somente em relação àquilo que foi implantado na empresa e que se dirigia especificamente à distribuição de produtos da ré, observadas as exigências da própria fornecedora e que não poderia ser reutilizado.”[grifo nosso]

Ora, como se observa, é possível a descaracterização do distrato quando manifesto instrumento de adesão, possibilitando o acolhimento de pleito indenizatório.

No entanto, há julgados em sentido contrário, afirmando que o distrato não pode ser considerado contrato de adesão, sob o fundamento de que, ao contrário do contrato de adesão, o distrato não é elaborado com condições gerais de contratação, já que tem o

¹¹³ Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível Nº 70000531095, Décima Sexta Câmara Cvel, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Genacéia da Silva Alberton, Julgado em 16/05/2001.

objetivo de regular uma relação específica entre as partes, e não a coletividade de maneira abstrata. Nesse sentido, julgado do Tribunal de Justiça do Distrito Federal:

“DIREITO CIVIL. TERMO DE DISTRATO NÃO SE EQUIPARA A CONTRATO DE ADESÃO. VIGÊNCIA SOMENTE ENTRE SEUS SIGNATÁRIOS. QUALIFICAÇÃO ESPECÍFICA. AUSÊNCIA DE RESSALVA NO TERMO QUANTO À INDENIZAÇÃO. VERBA QUITADA. IMPUGNAÇÃO À AUTENTICIDADE DE DOCUMENTO. AFASTADA. SIGNATÁRIO RECONHECE SUA ASSINATURA. VÍCIO NA ATA DE AUDIÊNCIA. MOMENTO PARA IMPUGNAÇÃO É A PRÓPRIA AUDIÊNCIA. PRECLUSÃO. SENTENÇA MANTIDA. 1. O "Termo de Distrato" não pode ser equiparado a contrato de adesão, pois as cláusulas nele dispostas não foram estipuladas unilateralmente, além do mais foi elaborado para vigorar somente entre as partes que o firmaram, visto ter sido específico na qualificação de seus signatários. 2. Não havendo qualquer ressalva no "Termo de Distrato", quanto à não-inclusão da verba indenizatória prevista na cláusula 14 do Contrato de Representação Comercial Autônoma, tem-se por quitada a aludida verba. 3. Afasta-se a impugnação à autenticidade do "Termo de Distrato", quando o apelante reconhece como sua a assinatura nele constante, até porque os processos em curso nos Juizados Especiais dispensam excesso de formalismo, podendo, na hipótese, perfeitamente aceitar como autêntico o instrumento impugnado. [...] 5. Recurso conhecido e improvido.”¹¹⁴ [grifo nosso]

Como foi tratado quando dos requisitos do contrato de adesão, a exigência de que o contrato seja feito vislumbrando em abstrato a celebração em massa não pode ser considerado requisito, pois mesmo no caso de contrato elaborado para determinada relação com determinada parte, se presentes os requisitos do contrato de adesão, será assim considerado.

Importante, porém, observar que não é porque o contrato foi celebrado na modalidade de adesão que o distrato será necessariamente de adesão. Quando o Código Civil aduz que o distrato será celebrado na mesma forma do contrato, a afirmação diz respeito à classificação da forma propriamente dita, ou seja, em contratos solenes ou não solenes.

¹¹⁴ Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Recurso Inominado em Juizados Especiais n.º 20061010043787ACJ, Relator NILSONI DE FREITAS, Primeira Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do D.F., julgado em 10/04/2007, DJ 16/05/2007 p. 117.

Assim, pode-se vislumbrar um contrato de adesão que seja objeto de distrato sem que a parte predisponente do contrato original, utilize a mesma modalidade no distrato, permitindo a negociação de cláusulas.

Isto porque o contrato de adesão surgiu da necessidade de massificar e acelerar as relações contratuais, mas é evidente que da massa de aderentes, apenas alguns celebrarão distrato, permitindo, contrariamente à velocidade da contratação inicial, mais tempo para análise e mais campo para negociação. Assim, o distrato de adesão deve ser identificado a partir dos requisitos do contrato de adesão, e não por vinculação com o instrumento que se busca extinguir.

Assim, é possível identificar um distrato como sendo de adesão, mesmo em negócio jurídico celebrado fora do âmbito da relação de consumo, de maneira a atrair a proteção legal para a parte aderente, consubstanciada no regime jurídico dos princípios que rege o instituto, que abrange as normas do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil, além de disposições presentes na legislação esparsa.

CONCLUSÃO

Os contratos de adesão são instrumentos necessários para a dinamização da contratação em massa em nossa sociedade moderna. Mas a aceleração e massificação da contratação, traz como consequência a padronização das cláusulas do contrato, sendo que sua elaboração fica a cargo da parte que geralmente celebra esse tipo de negócio com elevado número de pessoas. Com isso a parte aderente tem normalmente como opção, aderir ou simplesmente não aderir ao seu conteúdo, sem possibilidade, ou com possibilidade ínfima de negociação dos termos a que adere. Assim, são requisitos do contrato de adesão que as cláusulas sejam pré-redigidas por uma das partes, e que a outra parte possa somente aderir, sem livre discussão, ou com discussão mínima.

A elaboração por parte do predisponente, sem possibilidade ou com ínfima possibilidade de negociação por parte do aderente, permite àquele que elabore o conteúdo de forma a se auto-proteger, o que abre espaço para cláusulas abusivas, que embora não seja um requisito essencial, é acidental e se observa juntamente com outros, como a superioridade econômica e técnica do predisponente.

A legislação brasileira trouxe com o Código de Defesa do Consumidor o regime jurídico aplicável aos contratos de adesão, que cuida da interpretação do contrato e da possibilidade de declaração de nulidade de cláusulas abusivas advindas da contratação, no que foi seguido pelo Código Civil, formando um regime jurídico sistemático a ser aplicado sempre quando se detectar os requisitos do contrato de adesão.

O distrato é considerado negócio jurídico que contempla o *contrarius consensus*, tendo o condão de extinguir a relação contratual a que se refere, com efeitos *ex nunc*, cessando os efeitos desta quanto ao futuro. Não se confunde com figuras como a resolução, rescisão, extinção por caducidade, retrovenda, remissão de dívida ou quitação. Tem natureza jurídica de contrato, e tem por objeto outro contrato, que não pode ter tido seu objeto exaurido pelo adimplemento.

Existem duas espécies de distrato, o de efeitos modificativos, mais presentes em contratos com múltiplos objetos, e o de efeitos extintivos, sendo este o mais comum, que produz efeitos *ex nunc*. O distrato não pode afetar direitos de terceiros adquiridos durante a relação contratual que ora se extingue. Dentre seus requisitos, o formal, apresentado pelo Código Civil, determinando que a forma do distrato deve seguir a do contrato que ele extingue.

Sendo, portanto, o distrato, um contrato, pode-se em tese vislumbrar a celebração de um distrato por adesão, desde que presentes os requisitos, permitindo-se a aplicação das regras de proteção ao aderente, de interpretação *contra proferentem*, e de vedação às cláusulas abusivas.

Podem ser identificados os distratos de adesão em todas as relações privadas, seja no âmbito de incidência do Código de Defesa do Consumidor, seja fora dele. Em relação de consumo, são facilmente identificados distratos de adesão, como aqueles que extinguem contratos de promessa de compra e venda de imóveis, tendo sido reconhecida a abusividade das cláusulas que implicavam perda das prestações pagas.

Nas relações eminentemente civis, também podem ser identificados distratos por adesão, mesmo quando aparentemente não haja uma vulnerabilidade técnica ou econômica, mas circunstancial, decorrente da posição cruel em que a parte se encontra, em que é levada a escolher os efeitos nefastos da continuidade da relação contratual com a parte que não mais a quer, ou o rompimento em condições de prejuízos exagerados e injustificados, nascendo daí a abusividade das cláusulas, e permitindo a incidência da proteção do direito ao aderente, desde que presentes os requisitos essenciais do contrato de adesão.

Assim, conclui-se que as normas de proteção ao aderente presentes nesse sistema legal aplicável aos contratos de adesão, podem perfeitamente ser aplicadas ao distrato celebrado nessa modalidade, permitindo a declaração de nulidade dessas cláusulas, ou que seja declarada a interpretação mais adequada e favorável ao aderente, no caso de divergência de compreensão de seu conteúdo.

BIBLIOGRAFIA

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Extinção dos Contratos por Incumprimento do devedor. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2003.

ASSIS, Araken de. Do Distrato no Novo Código Civil. Revista CEJ, v. 7, n. 24, jan./mar. 2004.

ASSIS, Araken de. Resolução do Contrato por Inadimplemento. 4ª Ed., São Paulo: RT, 2004.

CANARIS, Claus-Wilhelm. A Liberdade e a Justiça Contratual na Sociedade de Direito Privado, Coimbra: Almedina, 2003.

CARLI, Vilma Maria Inocência (Coord.). Teoria e Direito das Obrigações Contratuais: Uma Nova Visão das Relações Econômicas de Acordo com os Códigos Civil/Consumidor, Campinas: Bookseller, 2005.

FIUZA, César; SOARES ROBERTO, Giordano Bruno. Contratos de Adesão de Acordo com o Novo Código Civil. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

GOMES, Orlando. Contratos. 15ª Ed., Rio de Janeiro: Forense, 1995.

GRINOVER, Ada Pellegrini e outros. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto. 6ª Ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. Teoria Geral dos Contratos no Novo Código Civil. São Paulo: Método, 2002.

MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O Novo Regime das Relações Contratuais. 5ª Ed., São Paulo: RT, 2005.

MENDONÇA, Manuel Inácio Carvalho de. Doutrina e Prática das Obrigações. V. 2, Rio de Janeiro: Forense, 1956.

MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. Contratos de Adesão. São Paulo: Atlas, 2002.

MIRANDA, Pontes de Miranda. Tratado de Direito Privado. Tomo 3, Campinas: Bookseller, 2000.

NEGREIROS, Teresa. Teoria do Contrato: Novos Paradigmas. 2ª Ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NETO LOBO, Paulo Luiz. Condições Gerais dos Contratos e Cláusulas Abusivas, São Paulo: Saraiva, 1991.

RIBEIRO, Joaquim de Souza. O Direito dos Contratos. Estudos. Coimbra: Almedina, 1999.

ROPPO, Enzo. O Contrato. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988.

TARTUCE, Flávio. Direito Civil, V. 3, Teoria Geral dos Contratos e Contratos em espécie., 3ª Ed., São Paulo: Método, 2008.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: Contratos em Espécie. 4ª Ed., São Paulo:Atlas, 2004.